PREVARICATO

ANÁLISIS CRÍTICO DE PROCESOS JUDICIALES CONTRA MILITARES QUE DEBIERON AFRONTAR LA VIOLENCIA REVOLUCIONARIA

Adolfo Paúl Latorre

PREVARICATO

Adolfo Paúl Latorre

Adolfo Paúl Latorre

PREVARICATO

ANÁLISIS CRÍTICO DE PROCESOS JUDICIALES CONTRA MILITARES QUE DEBIERON AFRONTAR LA VIOLENCIA REVOLUCIONARIA

EDITORIAL EL ROBLE
SANTIAGO DE CHILE

PREVARICATO. Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria.

♥ Adolfo Paúl Latorre

Registro de Propiedad Intelectual Nº 281.822
ISBN: 978-956-7855-12-4

Publicado en Santiago de Chile.
Primera edición, 1000 ejemplares, septiembre de 2017

EDITORIAL EL ROBLE LTDA.
Santiago de Chile

Diseño de portada:
Isaías Bustamante C.

Impresión:
Salesianos Impresores S.A.

Todos los derechos reservados.

ÍNDICE

Página

PREFACIO 8

1. EXTRACTOS DE SENTENCIAS 17
1.1. Caso Rudy Cárcamo. Teniente Armada José Cáceres González y otros 19
1.2. Caso Manufacturas Sumar. Teniente Ejército Hernán Ovalle Hidalgo 27
1.3. Caso Olivares Mori. Teniente Armada Jorge Osses Novoa 32
1.4. Caso Achú y Wegner. Teniente Ejército Sergio Jara Arancibia y otros 36
1.5. Caso secuestro calificado Jaime Eltit Spielmann 47
1.6. Caso Contreras Maluje 49
1.7. Caso Mena, Carrera y Bravo (cuaderno Arica) 51
1.8. Caso Gaete Celis 55
1.9 Caso sobreseimiento definitivo decretado por Juzgado Naval 57
1.10. Caso Cornejo Fernández 61
1.11. Caso CIDH Almonacid Arellano Vs. Chile 66

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS. OBJECIONES Y COMENTARIOS 73
2.1. Estado de Derecho y principio de supremacía constitucional 74
2.2. Principio de legalidad 76
2.3. Sentencias fundadas en apreciaciones subjetivas 81
2.4. Principio de igualdad ante la ley 83
2.5. Debido proceso 88
2.6. Amnistía 90
2.7. Prescripción de la acción penal 96
2.8. Beneficio temporal objetivo del artículo 103 del Código Penal 99
2.9. Cosa juzgada 100
2.10. Seguridad jurídica 103
2.11. Principio de culpabilidad 105
2.12. Responsabilidad penal 106
2.13. Carga de la prueba (*onus probandi*) 108
2.14. Principio de favorabilidad (*favor rei* o *in dubio pro reo*) 110
2.15. Principio de humanidad 111
2.16. Fundamentación de las sentencias 113
2.17. Asociaciones ilícitas 114
2.18. Ficción del "secuestro permanente" 116
2.19. Tratados internacionales e incorporación al ordenamiento jurídico interno 123
2.20. Tratados internacionales y artículo 5º de la Constitución 126

2.21. Convenios de Ginebra 130
2.22. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad 135
2.23. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 137
2.24. Delitos de lesa humanidad 138
2.25. Sentencias de tribunales extranjeros que aplican rectamente el principio de irretroactividad de la ley penal 143
2.26. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) 144
2.27. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 151
2.28. *Ius cogens* 154
2.29. Interpretación errónea y abusiva del derecho internacional. Legalidad y seguridad jurídica vulneradas 163
2.30. Ninguna disposición, de convenio internacional alguno, puede restringir, menoscabar o derogar derechos humanos reconocidos o vigentes en la legislación interna de cualquier Estado Parte 165
2.31. El sistema de procedimiento penal aplicado a los militares es inconstitucional 167
2.32. Sentencia del Tribunal Constitucional. Recomendaciones a los tribunales de justicia 170
2.33. El derecho está siendo subordinado a ideologías 172
2.34. Control de convencionalidad 174
2.35. Activismo judicial 175
2.36. Principio de necesidad de la pena 176
2.37. Beneficios penitenciarios 178
2.38. Querellas por torturas 180
2.39. La Corte Suprema reconoce atropello a leyes expresas y vigentes 181
2.40. Voto disidente del ministro de la Corte Suprema Patricio Valdés Aldunate 184
2.41. La Corte Suprema está incurriendo en los mismos abusos que en su oportunidad le reprochó al presidente Salvador Allende 185
2.42. Razones que motivan la persecución contra los militares 186
2.43. Nueva ley de amnistía: única vía para poner término a la iniquidad judicial 187

REFLEXIONES FINALES 190

La violencia revolucionaria es inevitable y legítima.

Partido Socialista de Chile, 1967

Si el sable se levanta, es porque las otras fuerzas sociales han caído en la impotencia.

Alberto Edwards Vives

Cuando el soldado se ve obligado a tomar parte activa en las disensiones entre civiles pasa a ser un pobre héroe, víctima y verdugo, cabeza de turco sacrificado por su pueblo, que se burla de él. Su existencia es comparable a la del gladiador y cuando muere no hay por qué preocuparse. Es cosa convenida que los muertos de uniforme no tienen padre, ni madre, ni mujer, ni novia que se muera llorándolos. Es una sangre anónima. Y, cosa frecuente, los dos partidos que estaban separados se unen para execrarlos con su odio y con su maldición

Alfred de Vigny

Claro que violentamente. Tiene que morir un millón de chilenos para que el pueblo se compenetre de la revolución y ésta se haga realidad. Con menos muertos no va a resultar.

José Gregorio Liendo Vera (alias "comandante Pepe")

Los militares nos salvaron la vida y de una degollina.

Eduardo Frei Montalva

Creo que fue más o menos frente a la Catedral, en la Plaza de Armas, cuando, tomando en consideración lo que conversé con Frei, le pregunté en esos días al cardenal Silva Henríquez: "Dígame, Eminencia, ¿no cree usted que si no es por los militares, a muchos de nosotros nos habrían asesinado?". Él me respondió: "No sólo a ustedes, sino que a mi también. A todos nosotros". Fueron las mismas palabras de Frei.

William Thayer Arteaga

Mire, Patricio: los extremistas nos iban a matar a todos. Ante esta realidad, dejemos que los militares hagan la parte sucia, después llegará la hora del derecho.

Rafael Retamal López

La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión. Ninguno puede ser acusado ni preso sino en los casos determinados por la ley, y según el modo y forma que ella prescribe. Todo acto practicado contra un hombre fuera de los casos y formas prescritos por la ley, es arbitrario y tiránico.

Fray Camilo Henríquez

Prevaricación es el delito que cometen los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales cuando a sabiendas fallan contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.

Código Penal, República de Chile

Una de las características de la prevaricación es la activa obstrucción para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa. El juez prevaricador es aquel que conociendo la injusticia que comete, la verifica y la lleva a efecto por un deseo de venganza, por un resentimiento o para favorecer a quien pueda darle una ventaja. Los jueces que tuercen la voluntad de la ley, para justificar su conducta prevaricadora, utilizan argumentos encubridores del carácter antijurídico de sus actos en las motivaciones o consideraciones de sus resoluciones. Con ello hacen que su comportamiento delictivo sea más depurado

Víctor Arbulú Martínez

El principio de legalidad para nosotros es sagrado: no se puede condenar a nadie si no hay ley. Es decir, si no hay delito, no hay nada que hacer.

Hugo Dolmestch Urra

La mayoría de los procesos a los cuales se ha nombrado un ministro en visita, han sido resueltos en virtud de principios y doctrinas foráneas, apartándose e infringiendo las normas constitucionales y legales que rigen la materia, como son los artículos 19 Nº 3, incisos 7º y 8º de la Constitución Política de la República (principio de legalidad).

Patricio Valdés Aldunate

Donde no hay justicia es peligroso tener razón.

Francisco de Quevedo

Decir la verdad significa amar a su pueblo y creer que aún puede levantársele, y yo adoro a Chile, amo a mi patria desesperadamente, como se ama a una madre que agoniza.

Vicente Huidobro Fernández

A la memoria de los militares, carabineros y policías muertos y a los que resultaron heridos o mutilados por los cruentos ataques de subversivos, guerrilleros y terroristas.

A los cientos de militares, carabineros y policías que, siendo inocentes o cuya responsabilidad penal estaba extinguida, fueron condenados por jueces prevaricadores.

A los jueces probos que, respetuosos del Estado de Derecho, aplican rectamente la Constitución y las leyes.

A Hermógenes Pérez de Arce Ibieta, paladín de la verdad histórica y de la justicia, por su constante apoyo a mi tarea de defender a los militares presos políticos ilegal e injustamente condenados; tarea en la que soy su discípulo.

PREFACIO

Iniciaremos este opúsculo[1] con un breve cuento, de un extraordinario dramatismo. Dice así:

"La noche aquella, la oscura noche en la cual iba dejando mis harapos enredados en las piedras cortantes del camino, recliné mi cabeza cansada sobre el tronco de un árbol secular.

Me hizo dormir el peso de la Fatalidad que gravitaba sobre mi frente. Había clamado tantas veces por la equidad humana, que esta idea se había aferrado a mi cerebro como esas raíces añosas adheridas a la tierra difícil de arrancar. Y soñé…

Me hallé súbitamente en un erial cubierto de secas malezas, sin árboles, sin flores. Un letal vapor de sepulcro invadía las cosas existentes, y el campo fúnebre no tenía término, ni vereda alguna, ni salvación posible.

En un tajo abierto, como una grieta profunda, mansión de cíclopes antiguos que habían partido los porfiados con sus formidables miembros, vivía un ser monstruoso, sin forma humana, sin perfiles de consciente. La mitad derecha del rostro reía como Quasimodo, sordo, incapaz, idiota; la izquierda era un conglomerado de contradicciones faciales, hijas del llanto, del pesar, del furor y del despecho, difícil de bosquejar por la pluma más sagaz y maestra. El contraste formado por estas dos actitudes revelaba la monstruosidad en su carácter más completo; era aquello una fiera, digna émula del apocalipsis con que suelen soñar los remordimientos humanos. Creía hallarme solo en aquel páramo desolado. Pero no lejos de allí se destacó un ujier armado hasta los dientes, inabordable, asegurado por todas partes.

—¿Cómo has llegado hasta aquí, mendigo? ¿No sabes que este erial y esta grieta honda e inaccesible está destinada para un monstruo que debe vivir alejado para siempre de las sociedades cuya constitución está amparada por la más estrecha justicia? Te prohíbo que asomes la cabeza en ese abismo… Los ojos del monstruo te atraerían y sucumbirías bajo el peso de su atracción diabólica.

—Ya lo he visto —respondí.

---

[1] Elaborado con motivo de la exposición dictada por Adolfo Paúl Latorre durante el acto organizado por el Centro Valparaíso de Debates, titulada "Un imperativo. Análisis crítico de los fallos judiciales dictados en los procesos contra militares, carabineros y policías que debieron afrontar la amenaza guerrillera y terrorista", realizado en el Hotel O'Higgins de Viña del Mar, el 17 de agosto de 2017. Fue redactado sobre la base de la obra del autor titulada *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, El Roble, Santiago, tercera edición, marzo 2015, 761 páginas.

—¡Desgraciado!... ¿Y no sientes ya el hielo de la muerte en tus entrañas? ¿No has visto que sus pupilas relampagueaban como las de voraces reptiles?

—¿Y cómo se llama esa bestia? —pregunté azorado…

—¡Prevaricato! —respondióme el bondadoso, ujier. Y desperté… y resolví entonces morir de vergüenza, de hastío y de dolor. Ya no existía la justicia...". [2]

Varios autores chilenos han denunciado, en duros términos, la inmoralidad de nuestra administración de justicia. Uno de ellos es Vicente Huidobro, quien ha dicho:

"*La justicia de Chile haría reír, si no hiciera llorar. Una justicia que lleva en un platillo de la balanza la verdad y en el otro platillo, un queso. La balanza inclinada del lado del queso.*

Nuestra justicia es un absceso putrefacto que apesta el aire y hace la atmósfera irrespirable. Dura o inflexible para los de abajo, blanda y sonriente con los de arriba. Nuestra justicia está podrida y hay que barrerla en masa. Judas sentado en el tribunal después de la crucificación, acariciando en su bolsillo las treinta monedas de su infamia, mientras interroga a un ladrón de gallinas.

Una justicia tuerta. El ojo que mira a los grandes de la tierra, sellado, lacrado por un peso fuerte y sólo abierto el otro, el que se dirige a los pequeños, a los débiles". [3]

Si, *mutatis mutandis*, cambiamos las expresiones "los de abajo", "los pequeños" y "los débiles" por "los militares, carabineros y policías"; y las expresiones "los de arriba" y "los grandes" por "los subversivos armados, guerrilleros y terroristas", tendríamos que el texto de Huidobro se aplicaría perfectamente a la situación que están viviendo los militares que se vieron obligados a enfrentar a quienes llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva a fin de instaurar un régimen totalitario marxista en nuestra patria.[4]

---

[2] Autor chileno, no precisado, citado por Luis Emilio Recabarren en una conferencia dictada en Rengo, en la noche del 3 de septiembre de 1910, con ocasión del centenario de la independencia de Chile. En IRARRÁZAVAL P., Guadalupe y PIÑERA M., Magdalena (compiladores). *Chile. Discursos con historia*. Los Andes, Santiago, 1996, p.53.

[3] HUIDOBRO, Vicente, "Balance patriótico", en Mario GÓNGORA, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, La Ciudad, Santiago, 1981, pp. 113-120.

[4] **La expresión latina *vae victis* significa "¡Ay, de los vencidos!".** Ella se utiliza para hacer notar la impotencia del vencido ante el vencedor: para los vencidos son el deshonor, la infamia y la muerte.

En nuestra patria ocurre lo contrario: **el deshonor, la infamia y la muerte han recaído en los vencedores**; en los militares que con su sacrificio, su esfuerzo y su sangre resultaron vencedores en un enfrentamiento armado, evitaron una guerra civil y salvaron a Chile. Esos mismos militares, con la cooperación de numerosos civiles amantes de su patria, lo reconstruyeron, lo pusieron a la cabeza de los países más exitosos de Hispanoamérica y lo convirtieron en un ejemplo y en un modelo para salir del subdesarrollo.

En esta ocasión no podré entrar en mayores explicaciones sobre el contexto social histórico,[5] la naturaleza de la amenaza de vida o muerte que se cernía sobre Chile en 1973[6] y el legítimo derecho de rebelión ejercido por las

---

En Chile los honores, los monumentos, las prebendas y las indemnizaciones son para los vencidos; para quienes utilizando la violencia revolucionaria fratricida y la guerrilla guevarista pretendían sustituir la democracia por una tiranía comunista y sojuzgar a nuestra patria bajo una potencia extranjera, renunciando a nuestra libertad, soberanía e independencia.

¿Cómo ha podido producirse esta paradoja de que los militares son perseguidos como criminales y los guerrilleros y terroristas son tratados como héroes y como "víctimas"? Gracias a la tergiversación de la historia; a la hábil manipulación del discurso de los "derechos humanos"; a las diversas manifestaciones de odio y de venganza que se mantienen vigentes hasta el día de hoy; y a la desidia, pusilanimidad, cobardía, deslealtad y desagradecimiento de los que ayer angustiados y desesperados pedían a gritos a los militares que ejercieran el legítimo derecho de rebelión —y que se beneficiaron de los prodigiosos cambios que tuvo Chile— y que hoy reniegan del gobierno militar y se alían con los grandes causantes de la tragedia.

Quienes se vieron obligados a combatir a los miles de guerrilleros y terroristas que estaban dispuestos a matar y a morir por la revolución; que llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva; que asesinaban a cientos de militares, carabineros y personas inocentes; que cometían gravísimos crímenes y que destruían bienes productivos y de utilidad pública, **están siendo objeto de una persecución política que se realiza en sede judicial; una persecución inicua, vestida con un ropaje de legalidad**.

Para los militares el Estado de Derecho no existe. Ellos son sometidos a procesos judiciales que en realidad son simulacros de juicio, puesto que en ellos los jueces —salvo honrosas excepciones— aplican torcidamente las leyes, con la finalidad de condenarlos sea como sea y así cumplir con el lema "ni perdón ni olvido". Por esta razón los militares privados de libertad son "presos políticos"; porque han sido condenados en virtud de procesos judiciales en los que los jueces atropellan consciente y deliberadamente las leyes por motivaciones políticas. Tales "presos políticos" son, en rigor, víctimas de secuestros cometidos por el Estado. Las sentencias dictadas en contravención a la Constitución y a las leyes constituyen una clara manifestación de violencia estatal.

El objetivo de estos simulacros de juicio no es hacer justicia, sino cobrar venganza. Se trata de juicios políticos en los que se criminaliza solo al sector castrense; los terroristas del pasado siguen indemnes, amnistiados o indultados y, en muchos casos, ostentando altos cargos en el gobierno y en el Congreso; mientras que los políticos culpables del desastre, en quienes recae la responsabilidad principal de las lamentables violaciones a los derechos humanos —fundamentalmente en los máximos dirigentes de la Unidad Popular que desataron una lucha fratricida y en quienes promovieron la violencia revolucionaria y llevaron a efecto una cruenta guerra subversiva— y de los dolores que sufrieron sus seguidores, miran para otro lado y no asumen su responsabilidad.

[5] **En relación con el contexto social histórico de la época ver** Adolfo PAÚL Latorre, *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, editorial El Roble, Santiago, tercera edición, marzo 2015, capítulo 1. **En relación con las intervenciones militares, ver Adolfo PAÚL Latorre, *Política y Fuerzas Armadas***, El Roble, Santiago, segunda edición, abril 2015.

[6] Los jóvenes chilenos que no vivieron el desastre de la Unidad Popular, son herederos de un pasado oculto tras las mentiras y la tergiversación de lo realmente ocurrido en Chile durante la segunda mitad del siglo XX y que, en su gran mayoría, solo conocen la "historia oficial"; una historia que comienza el 11 de septiembre de 1973 y que ha sido escrita por quienes pretendieron instaurar en nuestra patria un régimen marxista totalitario por medio de la violencia revolucionaria armada.

La mayoría de los chilenos que no vivieron la época de la Unidad Popular —concientizados por permanentes e intensas campañas comunicacionales— creen que los militares

eran malvados asesinos que perseguían a pacíficos jóvenes idealistas que solo procuraban el bien de las clases desposeídas.

Ellos desconocen que Chile estaba destruido económicamente, que el gobierno había producido "*el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República*" —como lo declaró expresamente la Cámara de Diputados—; que los políticos habían llevado a Chile a un callejón sin salida que hizo inevitable la intervención militar y que se había gestado en el país un ambiente de violencia y de odios extremos, que dividió a los chilenos en dos bandos irreconciliables y que lo llevó al borde de una guerra civil, que habría sido tanto o más cruenta que la española.

A fin de graficar lo anterior, dejaremos hablar a algunos protagonistas de esta tragedia:

Al respecto, bastaría citar al jefe del MIR que asoló extensos territorios del sur de Chile, conocido como "Comandante Pepe", quien declaró: "*Tiene que morir un millón de chilenos para que el pueblo se compenetre de la revolución y ésta se haga realidad. Con menos muertos no va a resultar*".

También nos parece pertinente citar las palabras de Eduardo Frei Montalva en agosto de 1973, cuando le fueron a pedir que tomara medidas: "*Nada puedo hacer yo, ni el Congreso ni ningún civil. Desgraciadamente, este problema sólo se arregla con fusiles*"; y también las que pronunció con posterioridad al pronunciamiento militar: "*los militares han salvado a Chile*" y "*los militares nos salvaron la vida y de una degollina*".

Estas últimas palabras de Frei están en perfecta consonancia con la respuesta que el cardenal Raúl Silva Henríquez le dio a William Thayer Arteaga cuando este le preguntó: Dígame, Eminencia, ¿no cree usted que si no es por los militares, a muchos de nosotros nos habrían asesinado? "*No solo a ustedes, sino que a mi también. A todos nosotros*".

Y también son concordantes con lo expresado por Rafael Retamal —quien fuera presidente de la Corte Suprema— a Patricio Aylwin, cuando éste le hizo saber su preocupación por las acciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros que afectaban la libertad y los derechos de las personas: "*Mire, Patricio: los extremistas nos iban a matar a todos. Ante esta realidad, dejemos que los militares hagan la parte sucia, después llegará la hora del derecho*".

Finalmente, en relación con la inminencia de la guerra civil, citaremos a Enrique Silva Cimma: "Como el polen que comenzaba a flotar en el aire anunciando la llegada inevitable de las alergias primaverales, el sonido crepitante del aire tenso y enrarecido era el preludio de un desenlace. El 7 de septiembre me visitó el presidente del Partido Radical, Hugo Miranda:

—*¿Qué te parece lo que viene?* —fue su saludo algo sorprendente.

—*¿A qué te refieres?*

—*Me refiero a la guerra civil. Si la tenemos a la puerta*".

Lamentablemente para salvar a la nación fue necesario usar los fusiles de los que hablaba Eduardo Frei y hacer la parte sucia de la que hablaba Rafael Retamal.

Los hechos históricos hablan por si solos, están ahí, perfectamente documentados y al alcance de quien quiera conocerlos. Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de los chilenos cree que los militares asumieron el gobierno por mera ambición de poder, que derrocaron a un gobernante ejemplar de un país idílico y en paz, y que destruyeron la democracia; en circunstancias que fueron ellos quienes la restauraron y quienes rescataron a Chile de sus cenizas, entregando a los civiles en 1990 un país en pleno auge, cuyo estado floreciente nadie discutía.

Muchas de las personas que están actualmente en el gobierno y en el Poder Legislativo son continuadoras de quienes en el Congreso del Partido Socialista celebrado en Chillán en el año 1967 declararon que "la violencia revolucionaria es inevitable y legítima, solo destruyendo el aparato burocrático y militar del Estado burgués, puede consolidarse la revolución socialista".

Tales personas —pertenecientes a la coalición política denominada "Concertación de Partidos por la Democracia", la que al sumar al Partico Comunista adoptó el nombre de fantasía "Nueva Mayoría"— pretenden destruir el modelo de sociedad libre establecido en la Constitución Política de 1980 que nos rige y sustituirlo por otro socialista al estilo de Cuba o de la ex República Democrática Alemana —modelos por los cuales la presidente Bachelet manifiesta especial admiración— y completar así la obra revolucionaria que Allende dejó inconclusa. No podría ser de

Fuerzas Armadas y de Orden,[7] y pasaré directamente a exponer el tema que nos ocupa: el de la incerteza del derecho y de las iniquidades cometidas contra los

---

otra manera, puesto que el objetivo doctrinario de todo socialista es la construcción de un Estado socialista.

El Estado socialista que propugna el actual gobierno ha sido remozado según los lineamientos del paradigma del "Régimen de lo público" (Cfr. ATRIA Fernando, LARRAÍN Guillermo, BENAVENTE José Miguel, COUSO Javier, JOIGNANT Alfredo. *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Debate, Random House Mondadori, Santiago, 2013. MANSUY Huerta, Daniel. *Nos fuimos quedando en silencio. La agonía del Chile de la transición,* Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago, 2016, p.110) postulado por el académico Fernando Atria Lemaitre y que, como todo socialismo, pretende que el Estado abarque toda la vida de las personas (incluyendo obviamente la educación, que solo debería ser impartida por el Estado). Como expresara Benito Mussolini: "todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado", fórmula típica del estatismo y de los estatistas, cualquiera sea su variante (MUSSOLINI, Benito, discurso del 26 de mayo de 1927 en Milán; palabras transcritas por Eduardo SOTO Kloss, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Jurídica de Chile, Santiago,1996, tomo I, p.28. En ORTEGA y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1964, p.113, la cita de Mussolini aparece así: "Todo por el Estado; nada fuera del Estado; nada contra el Estado"). Según Jaime Guzmán, "toda forma de socialismo tiene signo estatista que atenta en contra de la libertad económico-social y, por lo tanto, cercena la libertad política, concluyéndose así que la construcción y defensa de una sociedad integralmente libre encierra por definición una concepción diferente y opuesta a toda formulación socialista"; palabras de Jaime GUZMÁN Errázuriz en diario *La Nación*, 18 enero 1986, citadas por Eduardo SOTO Kloss, op. cit., tomo I, p.28.

El Estado ↓que según Ortega es una técnica de orden público y de administración↓ en nuestro tiempo "ha llegado a ser una máquina formidable que funciona prodigiosamente, de una maravillosa eficiencia por la cantidad y precisión de sus medios. Plantada en medio de la sociedad, basta tocar un resorte para que actúen sus enormes palancas y operen fulminantes sobre cualquier trozo del cuerpo social… Por otra parte, el hombre-masa ve en el Estado un poder anónimo, y, como él se siente a sí mismo anónimo… cree que el Estado es cosa suya. Imagínese que sobreviene en la vida pública de un país cualquiera dificultad, conflicto o problema: el hombre-masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado, que se encargue directamente de resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios.

Éste es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado: es decir, la anulación de la espontaneidad histórica, que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destinos humanos"; José ORTEGA y Gasset, *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1964, pp.110-111. El totalitarismo sostiene que "el hombre es parte de la sociedad política todo entero y según todo lo que posee". MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1968, p.77.

[7] A pedido por la enorme mayoría de la ciudadanía y respaldadas por el Acuerdo de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1973, en el que se declaró "*el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República*". Dicho acuerdo fue, según el senador y destacado miembro del Partido Socialista Erich Schnake, "*simplemente una autorización al golpe de Estado*" y según Enrique Silva Cimma "*un llamado al golpe*". Edgardo Boeninger, por otra parte, expresó: "*El 22 de agosto la Cámara de Diputados otorga a las FF.AA. el certificado que requerían para dar el golpe en nombre de la Constitución y de la ley. El 11 de septiembre de 1973 se produce —aunque duela decirlo, con el respaldo de una amplia mayoría ciudadana— la intervención institucional de las Fuerzas Armadas, iniciándose un interregno de 17 años de gobierno militar*". "Si el sable se levanta, es porque las otras fuerzas sociales han caído en la impotencia". EDWARDS Vives, Alberto. "Apuntes para el estudio de la organización política de Chile", en *Revista Chilena de Historia y Geografía*, tomo V, Imprenta Universitaria, Santiago, 1913, p.289.

militares en los procesos denominados "de violación de derechos humanos"; especialmente en lo que se refiere a los atropellos a la Constitución y a las leyes cometidos por nuestros tribunales de justicia.

Solo comentaré que una vez restaurada la democracia, de acuerdo con el cronograma establecido en la Constitución Política de 1980, esos mismos sectores que promovían o amparaban la violencia armada asumieron el poder político, pletóricos de odio y de deseos de venganza contra los militares y carabineros que les habían impedido consumar su proyecto totalitario. Así fue como las autoridades a cargo del poder ejecutivo, con la complicidad de los poderes legislativo y judicial, en lugar de promover la reconciliación nacional[8] —como ocurrió después de la cruenta guerra civil de 1891— [9] desencadenaron una

[8] **El cardenal Silva Henríquez era partidario del perdón** para que la población de Chile, tan dividida, pudiera encaminarse hacia una convivencia democrática y pacífica. Estaba convencido de que "la mejor forma de asegurar la futura democracia es **abandonar toda clase de venganza contra los militares**", que "es torpe, aunque humano, exigir justicia y venganza tras el término del régimen militar, porque eso nos conduciría a una espiral de violencia" y que "**los militares chilenos no querían entrar en el gobierno**, pero los chilenos en su mayoría les exigimos y les impulsamos a esta tarea. Contribuyó también la torpeza de socialistas y comunistas, que intentaban instaurar la dictadura del proletariado" (Márquez de la Plata, Alfonso. "Cinco presidentes y el poder", Maye, Santiago, 2006).

En relación con la posición del cardenal Silva Henríquez y su apoyo a la Ley de Amnistía (DL 2191 de 1978), monseñor Alfonso Baeza declaró en *El Mercurio* el 8 de julio de 2007: "**El cardenal veía el decreto como un gesto de reconciliación que iba a beneficiar a uno y otro lado**".

Lamentablemente, se han aplicado la amnistía y el indulto a subversivos armados, guerrilleros y terroristas, pero no a los militares que tuvieron la penosa, riesgosa e ingrata tarea de reprimir la acción de aquellos.

No debemos olvidar que "la responsabilidad principal del grueso de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en la etapa posterior al 11 de septiembre del 73 corresponde a quienes desataron la situación de guerra civil, más que a aquellos militares que cometieron esos actos como parte de la difícil tarea de conjurar la guerra civil. No estoy señalando que esos uniformados que hayan transgredido los derechos humanos no tengan responsabilidad en los hechos. Lo que quiero decir es que los máximos dirigentes de la Unidad Popular tienen una responsabilidad todavía mucho mayor en los dolores que sufrieron sus seguidores, como resultado del cuadro de guerra civil al cual los arrastraron". Jaime Guzmán Errázuriz. Entrevista publicada en *El Mercurio* el 10 de marzo de 1991.

Sea como fuere, incluso los militares culpables de tales crímenes, cometidos en el marco de una guerra subversiva irregular y en un contexto histórico de una enorme violencia y convulsión social —los que en una situación de normalidad no habrían ocurrido, razón por la que tales crímenes son "delitos políticos"— **tienen derecho a que se les aplique la misma ley que les ha sido aplicada a los terroristas y subversivos armados** que cometieron gravísimos asesinatos contra militares, carabineros y personas inocentes, y atentados contra instalaciones y servicios públicos y privados. **Eso es lo que corresponde en un Estado de Derecho**. Lamentablemente en Chile hemos elegido odiarnos y la marea del odio ha prevalecido.

[9] En Chile, después de la guerra civil de 1891, con 10.000 bajas en una población de 2,5 millones de habitantes, un Presidente que se suicida y centenares de vendettas, se promulgaron leyes de amnistía que fomentaron la reconciliación.

implacable persecución contra los militares;[10] persecución que, increíblemente, se profundizó durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera Echenique, quien fue elegido por una coalición de partidos que en su momento apoyaron al gobierno militar.[11]

Durante varios años he venido investigando lo que ha estado ocurriendo en estos procesos; investigación que me permitió evidenciar un cúmulo de atrocidades judiciales, legales y procesales; y me llevó a concluir que para los

---

[10] **El presidente Aylwin, en vez de curar y cerrar las heridas, contribuyó a atizar el fuego del odio en lugar de apagarlo. Se dejó llevar por el rencor y la venganza de sus socios socialistas**, en circunstancias que el pronunciamiento militar de 1973 fue en sus orígenes una operación discurrida por militares pero, en lo político, estuvo principalmente ligada a la Democracia Cristiana y fueron Frei y Alwin quienes más abogaron por la intervención militar. El senador Aylwin, en un discurso pronunciado en el Senado el 11 de julio de 1973, refiriéndose a los "extremos angustiosos a los que ha llegado la crisis integral de Chile" dijo: "corresponde al gobierno, a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros el deber de poner término inmediato a esta situación".

[11] Dicha persecución, iniciada por los gobiernos de la Concertación, no solo fue mantenida, sino que fue intensificada durante el gobierno del presidente Piñera; no obstante el compromiso que éste adquiriera ante centenares de militares en retiro durante su campaña presidencial.

En efecto, Sebastián Piñera, durante su campaña electoral, en una reunión que tuvo con miembros de las FF.AA. y de Orden en retiro en el Círculo Español el 8 de noviembre del año 2009, **contrajo el siguiente compromiso**, en el sentido de que las leyes vigentes les iban a ser aplicadas rectamente a los militares que se vieron obligados a enfrentar la gravísima crisis social y política, la violencia y el terrorismo durante el período 1973-1990: "Por eso yo he querido centrar estas palabras con ustedes en estos cinco compromisos claros y específicos. Y quisiera agregar un compromiso más, que tiene que ver con un tema ajeno a lo que hemos estado conversando, que son materias de carácter previsional y de beneficios, que es el tema de la justicia en nuestro país. Y quiero aplicar los principios que siempre han orientado a la verdadera justicia. En nuestro gobierno vamos a velar para que la justicia se aplique a todos los ciudadanos de nuestro país, incluyendo por supuesto a las personas que están en servicio activo o en retiro de nuestras Fuerzas Armadas y de Orden, sin arbitrariedades, en forma oportuna y sin mantener procesos eternos que nunca terminan, respetando garantías fundamentales como es el debido proceso, como es la presunción de inocencia y como es también la imparcialidad del tribunal que debe juzgar los casos, y también la aplicación correcta de acuerdo a nuestra legislación y de los tratados internacionales del principio de prescripción de los delitos. Y por eso estamos simplemente aplicando lo que es en esencia lo que garantiza un verdadero estado de derecho, que es que la justicia tiene que ser aplicada en forma equitativa y los principios de la justicia como el debido proceso, como las normas de prescripción, como la imparcialidad de los tribunales, como la oportunidad en que la justicia debe ser aplicada, deben aplicárseles a todos los chilenos sin ninguna distinción, y creo que este es un principio que honra a nuestro país, fortalece nuestro estado de derecho y, además, apunta definitivamente a conquistar una plena y total reconciliación en un país que, por distintas razones, estuvo sometido durante mucho tiempo a divisiones muy profundas, a divisiones que generaron mucho encono, mucho rencor y mucha odiosidad entre los chilenos, y yo creo que los países que se quedan atrapados en el pasado y que no son capaces de levantar la vista para mirar al futuro, son países que en cierta forma están renunciando a ese futuro, y por esa razón nuestro gobierno va a tener una orientación de futuro, vamos a tratar de cerrar las heridas" (transcripción textual del video grabado durante la referida reunión). En http://www.youtube.com/watch?v=PsbbrbdVx5I

militares[12] el Estado de Derecho no existe y que la Constitución Política de la República de Chile es, para ellos, la mejor obra de ciencia ficción de todos los tiempos.

El producto de mi investigación lo dejé plasmado en un libro titulado *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, [13] en el que denuncio, fundadamente, las arbitrariedades e injusticias que se han cometido y que se siguen cometiendo contra los militares en estos procesos. En este libro enuncio e ilustro, con algunos casos especialmente aberrantes, más de una treintena de principios esenciales del derecho penal, normas legales, garantías y derechos amparados por nuestra Carta Fundamental y por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, que son descaradamente atropellados por nuestros tribunales de justicia.

Los jueces, salvo contadas excepciones, aplican torcidamente las normas legales y **fallan a sabiendas contra leyes expresas y vigentes**, lo que está tipificado en el Código Penal como **delito de prevaricación**, también conocido como prevaricato.[14]

---

[12] Empleo la palabra "militares" en un sentido genérico, abarcando en ella a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros, Policía de Investigaciones y a los civiles adscritos a los organismos de seguridad del Estado durante la época del gobierno militar.

[13] PAÚL Latorre, Adolfo. *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, editorial El Roble, Santiago, tercera edición, marzo 2015, 761 páginas.

[14] De acuerdo con lo establecido en nuestro Código Penal, la prevaricación o prevaricato es el delito cometido por los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales "cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil" (artículo 223). Según Gonzalo Ibáñez Santa María, "La prevaricación destruye uno de los pilares más fundamentales de la institucionalidad propia de una sociedad política, esto es, aquel cuya misión es solucionar en forma justa los conflictos jurídicos. Cuando la prevaricación se enseñorea sobre la función judicial, podemos estar seguros que la sociedad afectada tiene ya sus días contados. Pues mata aquello que, según Aristóteles, es el fundamento de toda buena organización social: la virtud de la justicia" IBÁÑEZ Santa María, Gonzalo. *Derecho y Justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho Natural.* Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pp. 264-265. La prevaricación conduce a la muerte del Estado de Derecho, expresión jurídicamente acuñada que nace "para hacer resaltar que no puede existir un orden de justicia en las relaciones del ciudadano con la Autoridad, si esa Autoridad no está también vinculada, sujeta, subordinada en su actuar, al Derecho" SOTO Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t.I, p.349.

Si rastreamos los orígenes del prevaricato tenemos que ir al derecho romano que conoció la acción de *perduelito* frente a la violación de un deber por el magistrado. El *perduellio* era, en tiempos de la Antigua Roma, un término jurídico equivalente a la actual alta traición. Se utilizaba cuando un general cometía una ofensa militar, como rebelarse contra el Estado. Los casos de *perduellio* eran juzgados por las Asambleas Romanas. La palabra *perduellis* sirvió para identificar en la Roma republicana a los traidores a la patria. El crimen contra la patria, el *perduellio*, era el más

Las sentencias prevaricadoras son innumerables. Las espurias y falaces consideraciones de los sentenciadores con las que tratan de ocultar su torcida administración de justicia y de vestir con un ropaje de juridicidad sus desvaríos son recurrentes y, con el método *copy paste*, se repiten en casi todas las sentencias.

Una de las características de la prevaricación es la activa obstrucción para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa. El juez prevaricador es aquel que conociendo la injusticia que comete, la verifica y la lleva a efecto por un deseo de venganza, por un resentimiento o para favorecer a quien pueda darle una ventaja. **Los jueces que tuercen la voluntad de la ley, para justificar su conducta prevaricadora, utilizan argumentos encubridores del carácter antijurídico de sus actos** en las motivaciones o consideraciones de sus resoluciones. Con ello hacen que su comportamiento delictivo sea más depurado.

Entre las sentencias prevaricadoras más descomunales de nuestros

---

grave de todos después del sacrilegio. ¿Por qué era el más grave? Porque las maquinaciones y deslealtades contra la patria, si bien dañan al individuo, destruyen, sobre todo, la solidaridad, el tejido social de la comunidad política. Si es punible infligir un daño al prójimo, ¿cuánto más infligírselo a la comunidad?

En la Lex Cornelio se incluyó el castigo al pretor que se apartara de la correcta aplicación de las leyes. La prevaricación está también en el Digesto, en el Fuero Real y en las Partidas. Sin embargo, no era solo un delito de magistrados, sino también lo constituía la infidelidad de los defensores con sus defendidos, por eso que el abogado que asesora a las partes en conflicto se le denomina patrocinio infiel o prevaricación abogadil y también el delito de prevaricación administrativa de funcionarios públicos. El delito de prevaricato sanciona a los jueces que dictan resoluciones contrarias al texto de la ley o las fundan en hechos falsos. Esa es la línea conceptual de este delito. El prevaricato no sanciona el yerro sino el abuso del derecho.

El vocablo prevaricato proviene del latín *prevaricatus* que significa, según el diccionario de la Real Academia Española: "Delito consistente en que una autoridad, un juez o un funcionario dicte a sabiendas una resolución injusta". Etimológicamente proviene de dos voces latinas *prae* (delante) *vicare* (abrir las piernas) o sea el que da un traspié, quien invierte el orden lógico de las cosas y en el caso del juez que coloca su capricho por sobre la ley.

La acción prevaricadora consiste en dictar sentencia o resolución definitiva injusta para efectos de atenuar o agravar la responsabilidad penal. Las resoluciones injustas son aquellas arbitrarias, irracionales o de flagrante ilegalidad, que supongan una contradicción del ordenamiento jurídico, patente y manifiesta.

El prevaricato es un comportamiento que acarrea un gran perjuicio a la sociedad, porque lleva a lesionar derechos a partir del ejercicio de un poder que la misma sociedad concedió para su propia protección.

Una de las características de la prevaricación judicial es la activa obstrucción para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa. El juez prevaricador es aquel que conociendo la injusticia que comete, la verifica y la lleva a efecto por un deseo de venganza, por un resentimiento o para favorecer a quien pueda darle una ventaja. Los jueces que tuercen la voluntad de la ley, para justificar su conducta prevaricadora, en las motivaciones o consideraciones de sus resoluciones utilizan argumentos encubridores del carácter antijurídico de sus actos. Con ello hacen que su comportamiento delictivo sea más depurado. Cfr. ARBULÚ Martínez, Víctor Jimmy. *El delito de prevaricato de jueces y fiscales.*

tribunales de justicia están **aquellas que fallan contra las siguientes leyes expresas y vigentes**: a) ley de amnistía (D.L. 2191 de 1978); b) normas sobre prescripción de la acción penal; c) normas sobre la cosa juzgada; d) beneficio temporal objetivo del artículo 103 del Código Penal (impropiamente denominado "media prescripción" o "prescripción gradual"); ley 20.357 que tipifica los delitos de lesa humanidad; y e) las normas legales y los preceptos constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes que establecen el principio de legalidad —que es esencial en el derecho penal—; especialmente aquellas sentencias que califican como delitos de lesa humanidad hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la ley 20.357 (el 18 de julio de 2009) a los que les atribuyen la calidad de imprescriptibles e inamnistiables; o las sentencias que se fundamentan en tratados internacionales que no están vigentes en Chile o que no lo estaban en la época en que ocurrieron los supuestos hechos delictivos, en la "conciencia jurídica universal", en opiniones o doctrinas de tratadistas, en jurisprudencia espuria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en principios generales del derecho o en supuestas normas de *ius cogens* o en la costumbre internacional.

Si ustedes piensan que estoy exagerando, los invito a que lean un expediente cualquiera de los cientos con sentencias condenatorias para que puedan comprobar, personalmente, la veracidad de lo que les acabo de decir; y que es lo que he venido denunciando desde hace varios años, sin que hasta la fecha mis argumentos hayan sido rebatidos.

Espero aliviarles ese trabajo con el análisis que expondré a continuación.

Ahora bien, tal como para comprobar el punto de sal de la sopa no es necesario tomársela toda, para comprobar mis denuncias bastaría comentar unas pocas sentencias y analizar algunos de sus considerandos, especialmente aquellos más falaces cuya antijuridicidad es manifiesta.

El presente trabajo consta de dos partes: la primera contiene extractos de los considerandos de una decena de sentencias y, la segunda, los comentarios y objeciones que, razonada y justificadamente, ellos nos merecen.

1. EXTRACTOS DE SENTENCIAS[15]

Son innumerables los casos de condenas producto de procesos judiciales aberrantes.[16] Al respecto citaré unas declaraciones de la exministro de la Corte de

[15] Las palabras o párrafos destacados en los textos de las sentencias transcritas son nuestros.

[16] La generalidad de las sentencias que condenan a los militares son inconstitucionales, arbitrarias e ilegales. Hay algunas que son un prodigio de iniquidad que pesarán para siempre en las

Apelaciones de Santiago, doña Raquel Camposano Echegaray, en relación con la justicia que le es aplicada a los militares:

> —La periodista le dice a doña Raquel: Usted considera que una parte de la justicia está equivocada.
> —Mire —responde ella—, lo que pasa es que actualmente, para mi manera de ver, la justicia que se aplica a los militares del tiempo de Pinochet es injusta.
> —¿Por qué?, le pregunta la periodista.
> —Doña Raquel responde: Porque no les aplican las leyes que deben aplicarse y hay casos que realmente indignan. Yo estuve en la defensa de uno de ellos, después de

---

conciencias de los jueces que las dictaron y que tienen el aspecto de una monstruosidad; que superan toda legalidad, toda verdad, toda justicia, toda decencia y todo buen sentido. Por ejemplo, aquellas en las que se afirma que una persona está actualmente secuestrada desde el año 1973 —incluso por "secuestradores" que están en la cárcel cumpliendo penas privativas de libertad—; o que condenan a un militar que ni siquiera estaba en el lugar en que ocurrieron los hechos; o a otro por "responsabilidad del mando", solo por haber sido la autoridad superior de los imputados y que no tuvo participación alguna en el delito —ni en calidad de autor ni de cómplice ni de encubridor—; u otras tales como el caso de un subteniente del Ejército que, en un asombroso proceso en el que no hay autores materiales de los hechos, fue condenado a doce años de presidio en calidad de cómplice del homicidio de tres trabajadores de la industria Sumar, por el solo hecho de haber cumplido la orden de vocear con un megáfono los nombres de las personas detenidas que estaban reunidas en un grupo y que debían salir al frente; o el de un carabinero que en defensa propia dio muerte a un terrorista que le había disparado y que portaba un bolso con doce cartuchos de dinamita, motivo por el cual fue condenado a cinco años y un día de presidio luego de haberse reabierto, treinta años después, la causa correspondiente al caso en la que había sido sobreseído definitivamente por lo que existía cosa juzgada; o el caso de un joven oficial de la Armada que recientemente, después de haber transcurrido cuarenta años de los sucesos, fue condenado a cinco años y un día de presidio como autor del delito de "secuestro calificado", por el solo hecho acreditado en el proceso de haber trasladado a un detenido desde el lugar en que éste trabajaba hasta el Ministerio de Defensa; o el caso de un subteniente de Ejército que fue condenado a 18 años de presidio en circunstancias que lo único acreditado era que estaba a cargo de manejar camioneta cuando se produjo la muerte de dos detenidos que estaban siendo transportados en dicho vehículo; o el caso de un juez que ordenó encarcelar a la mujer de un cabo de Carabineros a fin de presionarla para que declarara que su marido tenía responsabilidad en la desaparición de personas, sin que en el proceso hubiese atisbo alguno de responsabilidad de esa señora, la que tenía un hijo con síndrome de Down que no hablaba y que dependía enteramente de ella, incluso para recibir alimentos. Hay personas que son condenadas sin habérsele acreditado participación alguna; solo por el hecho de formar parte de una organización de la cual uno de sus miembros tuvo participación en un hecho delictivo; hay procesos en los que un mismo hecho lo separan en dos casos y a un mismo imputado se le condena dos veces; etc., etc. Muchos militares han sido condenados porque estaban en el regimiento donde ocurrió un hecho delictivo, porque "debió haber sabido", por la declaración de un solo testigo, porque formaban parte de una organización de la estructura miitar que el juez catalogó como una "asociación ilícita", porque tuvo en alguna ocasión contacto con un detenido del que posteriormente no se tuvo noticias, etc., etc. Últimamente los tribunales unipersonales —creados con posterioridad a la ocurrencia de los hechos— están sometiendo a proceso a fiscales y otros miembros de tribunales militares que, actuando dentro de la competencia que les otorgaba la ley, investigaban delitos contemplados en la Ley de Control de Armas y Explosivos; imputándoseles haber cometido delitos de asociación ilícita, detenciones ilegales y apremios ilegítimos, en circunstancias que justamente perseguían a quienes sí pertenecían a asociaciones ilícitas, como el MIR o el FPMR.

leer todos los antecedentes y convencerme de que no había tenido participación. Son varias las cosas que le imputan. Bueno, en una dictan sentencia. Yo leo el fallo, lo requeteleo y no hay una sola prueba, porque a él lo condenan por haber dado orden de matar a alguien. No hay una sola prueba de que dio la orden. Y lo acreditan porque fulano dice 'ah, sí, yo supe que estuvo aquí'. Ninguno lo vio; supo, le contaron. Nadie dice que él dio la orden, nadie lo oyó dar la orden. Pero lo condenan".

Más adelante, en relación con los delitos de lesa humanidad, doña Raquel señala que la ley que los establece en Chile comenzó a regir el 2009 y que ella dice que no se podrá aplicar con efecto retroactivo, que es la base del derecho penal, "porque mal pueden a usted castigarla por una cosa que no era delito cuando usted la cometió. Aquí, nada de eso rige para ellos. Nada. Entonces yo le digo, he quedado abismada".[17]

A continuación comentaré algunas sentencias que servirán para ilustrar mis denuncias. Como son tan numerosas y no me decidía por cuáles escoger opté por utilizar, como criterio de selección, aquellas que afectaron a amigos míos.

1.1. Sentencias de casación y de reemplazo, dictadas por la Corte Suprema con fecha 24 de mayo de 2012, en el caso denominado "Episodio Rudy Cárcamo", Rol Nº 288-2012.[18]

Comenzaré con una sentencia dictada con fecha 24 de mayo de 2012 por la Corte Suprema, en la que fue condenado el capitán de navío José Cáceres González y otros marinos a **cinco años y un día** de prisión efectiva, por su responsabilidad como autores en el delito de **secuestro calificado** en la persona de Rudy Cárcamo Ruiz.

Mi amigo Pepe fue dejado en libertad hace un par de meses, después de haber cumplido íntegramente su condena. A José Cáceres no le fueron concedidos los beneficios penitenciarios a los que todo condenado tiene derecho, debido a los informes negativos que emitía la psicóloga de Gendarmería, porque el interno "**no estaba arrepentido del delito cometido**". Durante las entrevistas sostenidas periódicamente con dicha profesional, José Cáceres le decía: **"¿De qué voy a**

[17] "Raquel Camposano, la primera mujer que integró quina para la Suprema, habla del veto político", entrevista concedida a la periodista Lilian Olivares, publicada en el diario *La Segunda*, Santiago, 7 de diciembre de 2013.

[18] Pronunciadas por la Segunda Sala integrada por los ministros Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y el abogado integrante Luis Bates H. Acordada con el voto en contra del ministro Hugo Dolmestch Urra, quien estuvo por rechazar dicho recurso, manteniendo el fallo de segunda instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción.

arrepentirme, si no he cometido delito alguno? ¡Si ni siquiera estaba en el lugar en el que ocurrieron los supuestos hechos delictivos!”.[19]

También cabría comentar que él y los otros cuatro acusados fueron condenados, en primera instancia, a 541 días de presidio y favorecidos con la remisión condicional de la pena. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia. Los querellantes en la causa quedaron conformes con la sentencia de alzada y no recurrieron de casación ante la Corte Suprema. Lo mismo, los sentenciados. Sin embargo, **el Ministerio del Interior, a través de su Oficina de Derechos Humanos, recurrió de casación a fin de que le fuese agravada la pena a los condenados. Dicho Ministerio logró su objetivo: la pena fue aumentada de 541 días a cinco años y un día de presidio, de cumplimiento efectivo**. El ministro Milton Juica estuvo por elevar aún más la sanción para los enjuiciados, fijando para cada uno de ellos la pena de diez años de presidio, accesorias legales pertinentes y el pago de las costas del procedimiento “en atención a la naturaleza y gravedad del ilícito investigado”.

Algo peor acaba de ocurrirle a mi amigo coronel de Ejército Carlos Massouh Melech, uno de los pocos militares acusados que ha sido **absuelto tanto en primera como en segunda instancia**, pero que, sin embargo, **en una reciente sentencia de la Corte Suprema**, de fecha 3 de julio del año en curso, **fue condenado a cinco años y un día de presidio**.

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra del ministro Lamberto Cisternas Rocha

> “quien fue del parecer de confirmar el fallo en alzada, toda vez que del mérito de los antecedentes allegados al proceso, se desprende que el encartado Carlos Massouh Mehech, **si bien se encontraba presente al momento en que el Capitán Mena Sepúlveda ejecutó a los detenidos, no se logró demostrar de manera indubitada el reproche penal atribuido a la conducta desplegada por el acusado.**
>
> En efecto, los únicos elementos de cargo con los que se cuenta son la declaración del propio sentenciado y lo señalado por dos testigos, **probanzas que tienen como única virtud situarlo en el sitio del suceso**, sin que ello sea suficiente para tener por acreditada su participación directa en la ejecución de

[19] A los militares que están cumpliendo penas de presidio no les son concedidos los mismos beneficios penitenciarios que a los demás chilenos. Hasta hace algunos años debido a una simple arbitrariedad administrativa, a la que se le dio un carácter más formal mediante el decreto 924 del ministerio de Justicia del 22 de febrero de 2016, que establece requisitos adicionales para estos prisioneros, consistentes en el arrepentimiento por los hechos cometidos y en la exigencia de aportar antecedentes en las causas de derechos humanos. ¿De qué podrán arrepentirse quienes son inocentes o no tienen culpabilidad en el delito que se les imputa? ¿qué antecedentes podrán aportar si no los tienen? Los precitados requisitos, exigibles solo a una cierta categoría de personas, constituyen una discriminación arbitraria, lo que está expresamente prohibido por nuestra Constitución.

las víctimas, por lo que tal como se concluye en la sentencia recurrida, **dichos elementos resultan insuficientes para formar la convicción necesaria para condenar**".[20]

Todo lo anterior, dicho en buen romance, significa que nuestro amigo Carlos Massouh **fue condenado "por haber estado ahí"**. Si esta condena no responde a una persecución política en sede judicial, al odio y a la venganza, no sabría a qué atribuirla.

Ahora bien, luego de esta digresión, veamos qué dicen las sentencias de casación y de reemplazo dictadas por la Corte Suprema en el caso de José Cáceres, de las cuales transcribiremos algunos extractos:

De la sentencia de casación:

VISTOS:

En estos autos N° 24.776, denominados "Episodio Rudy Cárcamo Ruiz", rol del Ex Primer Juzgado del Crimen de Talcahuano, por resolución de quince de enero de dos mil diez, escrita de fojas 2.507 a 2.549 vuelta, se resolvió castigar a los encausados **Hugo Nelson González D'Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía, Osvaldo Francisco Harnish Salazar y José Raúl Cáceres González** a sufrir cada uno la pena de ***quinientos cuarenta y un días*** de presidio menor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, todo por sus responsabilidades de autores en el delito de secuestro calificado en la persona de Rudy Cárcamo Ruiz, llevado a cabo a partir del 27 de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Talcahuano. En cuanto a beneficios alternativos, en atención a cumplir con los requisitos de la Ley Nº 18.216, se favoreció a los cinco enjuiciados con la remisión condicional de la pena.

VIGÉSIMO SEXTO: Que por los fundamentos anotados, cabe concluir que los juzgadores del grado al fijar la realidad fáctica, ponderarla y calificar sus circunstancias en la forma que lo hicieron, no han cometido error de derecho y han dado una correcta y cabal aplicación a las disposiciones cuyo quebrantamiento se denuncia.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, al respecto, se precisa que **los jueces del fondo desconocieron la improcedencia de la atenuante contenida en el artículo 103 del Código Penal, referida a la media prescripción**, respecto de cuya procedencia considera contradictorios los reproducidos motivos décimo cuarto, décimo séptimo y trigésimo, del fallo de primer grado, en los que se determina que se está en presencia de **delitos de lesa humanidad**.

[20] Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 3 de julio de 2017, Rol Nº 95.096-16, pronunciada por los ministros Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y la abogado integrante Rosa Etcheberry Court.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, por otro lado, de los motivos (...) de igual fallo, **se determinó acertadamente el carácter imprescriptible e inamnistiable del delito investigado** por lo que no aparece lógico ni jurídico lo expresado en los motivos (...) de la sentencia de primer grado debidamente reproducida por la de alzada, en los que se resolvió —contrario a derecho— aplicar la mencionada circunstancia [*Nota del autor: se refiere al beneficio temporal objetivo del artículo 103 del Código Penal*], olvidando los jueces del fondo que la prescripción es una norma reguladora de la prescripción y, en ese sentido, jurídicamente conforma una misma institución que tiene como fundamento base el transcurso del tiempo, **mientras la prescripción de la acción penal extingue la responsabilidad criminal, la prescripción gradual confiere al juez un poder discrecional para atenuar la sanción**, dada la remisión efectuada por el artículo 103, a los artículos 65, 66 67 y 68, todos del Código Penal.

Por ello es que al tratarse de delitos imprescriptibles **pierde sentido conceder beneficios derivados de la prescripción gradual** toda vez que la esencia de ésta reside en estar sometida a límites de tiempo.

TRIGÉSIMO: Que, **al calificar en el fallo el delito investigado como de secuestro, éste refiere a uno de consumación permanente**, de manera tal que **no tiene parámetro para computar ningún plazo dado su carácter, máxime si es por esencia un delito de lesa humanidad imprescriptible**.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, atendida la naturaleza del hecho pesquisado y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, **es procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar delito contra la humanidad**.

Efectivamente, el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, **constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas**, integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquél que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fue **sindicado de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto** o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de **la construcción social y política proyectada por los sublevados**, garantizando la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante las peticiones de los tribunales ordinarios de justicia, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada encaminada a desprestigiar al gobierno autoritario.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, de este modo, tal como son presentados los hechos en la sentencia que se analiza y teniendo en cuenta el contexto en el que indudablemente deben inscribirse, **no cabe duda alguna que debe ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario**

dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, **los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos** para el cual **es inadmisible la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables**.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que para los efectos de la prescripción de la acción penal —sea total o gradual— **necesariamente ha de considerarse la naturaleza o carácter del delito en cuanto a su estado de consumación**, esto es, si se trata de ilícitos de ejecución instantánea o permanente, pues ello habrá de determinar el inicio del cómputo del respectivo plazo de prescripción.

En tal perspectiva, **el secuestro es de aquellos que la doctrina conoce como de ejecución permanente**, pues perdura en el tiempo su momento consumativo.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, la circunstancia de que **atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito**, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al "tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena", cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible.

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que **sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción**. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

En consecuencia, **equivocadamente se acogió el reconocimiento de la denominada "media prescripción" y de la rebaja de la pena** que se solicitaba por dichas defensas como consecuencia de su aceptación.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que lo anotado precedentemente permite sostener que el pronunciamiento refutado ha incurrido en la hipótesis de nulidad pretendida, lo que conduce necesariamente a acoger el recurso procesal intentado a fojas 2.748, puesto que el error de derecho cometido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del dictamen impugnado, ya que se

no mediar el yerro aludido, se habría impuesto una pena superior a la determinada, con lo cual configura la causal de nulidad a que se refiere el N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 546, N°s 1º y 7°, y 547 del de Instrucción Criminal:

II.- Que **se ACOGE el recurso de casación en el fondo del Programa de Continuación de la Ley Nº 19.213 del Ministerio del Interior** de lo principal de fojas 2.748, entablado en contra de la sentencia ya singularizada, la que, en consecuencia, **se invalida** y se reemplaza por la que se dicta a continuación, por separado, pero sin nueva vista.

De la sentencia de reemplazo:

PRIMERO: (...) En otras palabras, **la indagación ha podido demostrar la iniciación del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización**. El tribunal, como se dijo, investigó, aunque sin éxito, lo relativo al término de la privación de libertad que estima probada, lo que se tradujo en averiguar sobre la eventual obtención de libertad o la muerte de la víctima, sin que ninguno de esos extremos quedara esclarecido.

SEGUNDO: Que, además, parece imprescindible dejar en claro que, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumiendo el poder mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley No 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley No 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones imperantes en el país constituían un “caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo con el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido

en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que persistió por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley N° 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

NOVENO: Que, por lo demás, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la aludida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible **después de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces**, pretendan ahora desconocer su valor para eludir las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y los cotos que a la autoexoneración e imprescriptibilidad respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia.

UNDÉCIMO: Que en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrió el hecho ilícito que da origen a este pleito, **el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna, lo que es suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra**.

DUODÉCIMO: Que, por consiguiente, **resultan plenamente aplicables** al secuestro cometido en la persona de Cárcamo Ruiz, **los Convenios de Ginebra** de mil novecientos cuarenta y nueve, antes citados, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, **en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades**.

DÉCIMO CUARTO: Que, desde otro punto de vista, **atendida la naturaleza del hecho pesquisado y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar delito contra la humanidad**.

Efectivamente, el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, **constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas, integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquél que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fue sindicado de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto** o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política proyectada por los sublevados, garantizando la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante las peticiones de los tribunales ordinarios de justicia, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada encaminada a desprestigiar al gobierno autoritario.

DÉCIMO QUINTO: Que, de este modo, tal como son presentados los hechos en la sentencia que se analiza y teniendo en cuenta el contexto en el que indudablemente deben inscribirse, no cabe duda alguna que debe ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.
DÉCIMO SEXTO: Que en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.
DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en armonía con ello y **en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio <u>son imprescriptibles</u>, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisible la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables**.
DÉCIMO OCTAVO: Que para los efectos de la prescripción de la acción penal –sea total o gradual-, cabe reiterar lo ya expresado en el motivo trigésimo quinto de la sentencia de casación que antecede, en cuanto a considerar la naturaleza o carácter del delito en cuanto a su estado de consumación, esto es, si se trata de ilícitos de ejecución instantánea o permanente, pues ello habrá de determinar el inicio del cómputo del respectivo plazo de prescripción.
En tal perspectiva, el secuestro es de aquellos que la doctrina conoce como de ejecución permanente, pues perdura en el tiempo su momento consumativo. En la especie, se produce un instante en que la conducta típica se completa, pero se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, que constituye subsistencia de esa acción: el delincuente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello (consumación), pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede prolongarse más o menos según la voluntad del hechor.
VIGÉSIMO TERCERO: Que, conforme ya se expresó en los motivos vigésimo sexto a trigésimo segundo, ambos inclusive, correspondientes a la sentencia de casación que antecede, los que se han dado por reproducidos con el objeto de evitar repeticiones inoficiosas, **<u>no procede en la especie reconocer a ninguno de los enjuiciados la minorante contenida en el artículo 103 del Código Penal</u>**.
Que se **CONFIRMA** en lo apelado la sentencia de quince de enero de dos mil diez, escrita de fojas 2.507 a 2.549 vuelta, **con declaración de que la pena impuesta** a Hugo Nelson González D'Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitia, Osvaldo Francisco Harnish Salazar y José Raúl Cáceres González, **<u>se les aumenta</u> a cada uno de ellos a la única temporal de <u>cinco años y un día de presidio</u>** mayor en su grado mínimo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure el tiempo de cada condena, así como

al pago de las costas de la causa, por sus responsabilidades de autores en el delito de secuestro calificado en la persona de Rudy Cárcamo Ruiz, perpetrado en Talcahuano a partir del 27 de noviembre de 1974.
En atención a la extensión de las penas impuestas por esta sentencia a cada uno de los acusados de autos, **no se les otorgan ninguno de los beneficios que contiene la Ley N° 18.216, debiendo cumplir efectivamente con los castigos ya indicados**, sirviéndoles de abonos los tiempos que permanecieron privados de libertad por este proceso, los que se precisan en la sentencia en alzada.
Acordada la condena, con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch, quien estuvo por no dictar sentencia de reemplazo en esta causa en razón de que, como lo precisa en su disidencia respecto de la sentencia de casación, **estuvo por rechazar dicho recurso, manteniendo el fallo de segunda instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción**.
Se previene, que **el Ministro Sr. Juica, estuvo por elevar la sanción para los enjuiciados de autos, fijando para cada uno de ellos la pena de diez años de presidio** mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y el pago de las costas del procedimiento, **en atención a la naturaleza y gravedad del ilícito aquí investigado**.

1.2. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y de casación dictada por la Corte Suprema en el caso "Manufacturas Textil Sumar", Roles N°s 10.279-2006 y 516-2007, respectivamente.[21]

A fin de ilustrar a nuestros lectores acerca del patético caso del teniente Hernán Ovalle Hidalgo, a continuación transcribiremos algunos extractos de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago Rol Nº 10.279-2006 y de la de casación dictada por la Corte Suprema Rol 516-2007, en el caso "Manufacturas Textil Sumar".

Este es un caso paradigmático de iniquidad judicial; que confirma la persecución, la humillación, el odio, la venganza y el exterminio que afecta a los militares carabineros y policías.

Este oficial —muy joven en la época en que ocurrieron los hechos— es absolutamente inocente de los crímenes que le fueron imputados en calidad de "cómplice" del homicidio de tres trabajadores de la industria Sumar. Aparte de la sevicia judicial, lo pintoresco de este caso es que "no tiene autores".

[21] De fechas 11 de diciembre de 2006 y 22 de octubre de 2007, respectivamente. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mario Rojas González y abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla. La sentencia de la Corte Suprema fue dictada por la Segunda Sala integrada por los ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Domingo Hernández E.

La Corte de Apelaciones de Santiago **le aumentó a doce años** la pena de cinco años a que había sido condenado en primera instancia.

La Corte Suprema confirmó esta última sentencia.

Su "atrocidad" fue el haberse dirigido —por órdenes de sus superiores— a un grupo de detenidos en los recintos de la industria "Sumar" y reproducir en voz alta, con la ayuda de un megáfono, los nombres que le dictaban y que se contenían en una lista en cuya confección no intervino. Fue un mero repetidor de nombres y lo hizo con desconocimiento absoluto de sus consecuencias. Sin haber tenido contacto físico con los detenidos ni haber disparado tiro alguno, está terminando de cumplir su inicua condena en la cárcel de Punta Peuco.

El crimen de este oficial fue el de "haber estado allí". Y, en el caso de que hubiese tenido algún grado de culpabilidad —que no tuvo ninguno—, la pena es absolutamente desproporcionada.

A continuación transcribiremos algunos extractos de las sentencias.

De la sentencia de la Corte de Apelaciones:

> 8°) Que, de otro lado, es pertinente recordar que el artículo 103 del Código Penal dispone que "Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta".
> Se consagra así por el referido precepto legal el beneficio conocido como media prescripción, el que resulta inaplicable en la especie en virtud de lo razonado en el propio fallo de primer grado, motivaciones décimo cuarta y siguientes, cuanto por lo que se dirá a continuación;
> 9°) Que resulta del caso recordar, sobre este tópico, que ya en 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución No 3.074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973, "Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad", en la que señala: "Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, será objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas".
> En consecuencia, al ser Chile Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas, le cabe cumplir de buena fe, con las resoluciones de la Asamblea General.
> 10°) Que, por otra parte, tanto la Declaración Universal de Derechos

Humanos -artículos 4º y 5º- como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas -artículos 7 al 10- ratificado por Chile e incorporado a su derecho interno, **prohíben en la práctica, los crímenes contra la humanidad**.

Además, en 1968, fue suscrita en el marco de las Naciones Unidas, la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.

11°) Que, de otro lado, resulta necesario recordar que **el homicidio calificado de que se hizo objeto a las víctimas ya individualizadas en autos, y que se encuadra en el tipo penal del artículo 391 N°1 del Código Penal, constituye un delito de lesa humanidad, conforme prescribe el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ya se encuentra vigente internacionalmente**, en su artículo 7°, según el cual "A los efectos del presente Estatuto se entenderá por "crimen de lesa humanidad", cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; a) Asesinato";

12°) Que, por otra parte, al ser Chile signatario del Estatuto de la Corte Penal Internacional, está obligada a no frustrar el objeto y fin de este Tratado Internacional, de conformidad a lo establecido en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que constituye ley de la República;

13°) Que, además, es útil mencionar que en el año 1989 **se agregó el siguiente inciso segundo al artículo 5º de la Constitución Política de la República**: "El ejercicio de la soberanía reconoce, como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales **ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**".

El aludido precepto otorga así rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana;

14°) Que, en lo que dice relación a la práctica jurisprudencial de nuestras Cortes, en que se establece la supremacía de los tratados sobre el derecho interno, se pueden citar los siguientes fallos de la Excma. Corte Suprema de Justicia:

Sentencia de 26 de octubre de 1995, según la cual "Que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos para aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente".

Sentencia dictada el 30 de enero de 1996, de acuerdo con la cual "De la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5o de la Carta Fundamental queda claramente establecido que

la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sea desconocidos".
Sentencia dictada el 9 de septiembre de 1998, según la cual "El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (..), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto al Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias lo ha reconocido.
Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso 2º, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos";
15°) Que, por último, hay que precisar que la enmienda al artículo 5º de nuestra Carta Fundamental tuvo por objeto reforzar el avance de los derechos humanos, al establecer "como deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos" e igualar los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental con los incluidos en los tratados internacionales;
16°) Que las anteriores consideraciones, que recogen los aspectos de derecho internacional relevantes al presente caso, refuerzan lo concluído por la sentencia que se revisa y conducen, en consecuencia, a su confirmación, pero con las modificaciones que se señalan en la parte resolutiva.
En efecto, **esta Corte habrá de prescindir de la aplicación de las instituciones jurídicas de la amnistía, de la prescripción y, por cierto, de la media prescripción**, esta última, además de no concurrir por las razones ya expuestas, **porque si fuere aplicable el instituto de la prescripción de la acción penal** -que como se ha visto no lo es-, **sería en todo caso el de la prescripción completa**.
17°) Que, de tal manera, siendo el procesado Ovalle Hidalgo responsable, como cómplice, de tres delitos de homicidio calificado, se le impondrá la sanción en la forma como lo señala el inciso segundo del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.
B) Que se confirma la sentencia ya individualizada, con declaración que **el procesado Hernán Reinaldo Ricardo Ovalle Hidalgo queda condenado, como cómplice de los delitos de homicidio calificado** perpetrados en las personas de Ofelia Rebeca Villarroel Latín, Donato Quispe Choque y Adrián del Carmen Sepúlveda Arias, a sufrir la pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

De la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema. De esta sentencia solo transcribiremos el voto disidente del ministro señor Nibaldo Segura Peña:

> **Acordada rechazada que fuera la indicación previa del Ministro señor Segura, quien fue de opinión de invalidar de oficio el dictamen del alzada por cuanto**, del estudio de los basamentos en que se sustenta la decisión final, aparece vulnerado el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal relativo al contenido de las sentencias definitivas de primera instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen aquéllas en materia criminal, el que ordena incluir, según advierte el Nº 4: "Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta".
>
> En su concepto, para el debido cumplimiento de dicha exigencia legal, la sentencia debe razonar y sopesar la prueba producida, elaborar las consideraciones respecto de los hechos alegados y los elementos de convicción que permiten establecer la participación criminal atribuida a los acusados. Simples afirmaciones, desprovistas de todo antecedente que permita sustentarlas, sin un análisis y ponderación de la prueba que proporciona la causa y los razonamientos que sugieran su estudio crítico y comparativo, necesarios para llegar a una conclusión suficientemente fundamentada respecto de la participación que se atribuye a Ovalle Hidalgo en los hechos delictuosos, importa vulnerar el imperativo del N° 4 del artículo 500 del Código de Instrucción Criminal, pues el convencimiento del tribunal no quedará explicitado en el mismo pronunciamiento.
>
> Esta es precisamente la situación en el caso *sub lite*, desde que **la sentencia recurrida, carece de las necesarias consideraciones para llegar al establecimiento de la participación punible. En efecto, el fallo referido enumera las pruebas producidas y, bajo la apariencia de un análisis, reproduce parte de su contenido sin que existan o emanen de ello las adecuadas reflexiones que justifiquen su decisión de condena, de modo tal que la complicidad que se atribuye al encartado en los sucesos investigados no encuentra sustento fáctico sobre el cual construirla.**
>
> De los antecedentes reseñados en el motivo noveno del fallo de primer grado, hecho suyo por el de alzada, sólo el testimonio de Roberto Araos Almendra refiere que escuchó decir al teniente Ovalle que participó en la muerte de "el bigote" (Adrián Sepúlveda Farías), pero esa singular imputación no aparece avalada por ningún otro antecedente del proceso. **Toda la prueba apunta a que Ovalle Hidalgo, al interior de la empresa Sumar, voceó los nombres de los empleados de acuerdo a nóminas en cuya confección él no intervino, ni en el destino de aquellos que habrían quedado situados dentro de los "comprometidos políticamente con la izquierda", como relatan los testigos, de modo que no es posible extraer de ello conclusiones como las que consigna la sentencia atacada en el**

sentido de que con esa actividad, el enjuiciado, personalmente y con aporte directo, segregó e individualizó a las víctimas de los homicidios.

Tal omisión conduce a la invalidación del pronunciamiento por configurarse la causal de nulidad del ordinal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la exigencia del número 4° del artículo 500 del mismo ordenamiento.

1. 3. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y de casación dictada por la Corte Suprema en el caso de secuestro calificado de Fernando de la Cruz Olivares Mori, Roles N°s 2113-2013 y 22.645-14, respectivamente[22]

Otro caso aberrante es el del teniente de la Armada de Chile Jorge Osses Novoa, un joven oficial en la época del pronunciamiento militar que fue condenado a la pena de cinco años y un día de presidio —de cumplimiento efectivo— como autor del delito de "secuestro calificado"; en circunstancias de que, como lo reconoce la misma sentencia, el único hecho acreditado es que, cumpliendo órdenes superiores, trasladó a un detenido desde el lugar en que trabajaba hasta el Ministerio de Defensa.

La Corte Suprema, con fecha 20 de abril de 2015, rechazó el recurso de casación deducido contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la condena de primera instancia a cinco años y un día de presidio. El más alto Tribunal de la República, contrariando la verdad y el sentido común, manifiesta en su resolución que dicho oficial es autor del secuestro de una persona "que **fue retenida en contra de su voluntad a partir del 5 de octubre de 1973, prolongándose esa situación hasta el día de hoy, ignorándose su paradero**".

A continuación transcribiremos algunos extractos de las sentencias.

De la sentencia de la Corte de Apelaciones. La sentencia de segunda instancia —que confirmó la de primera instancia dictada por el ministro en visita extraordinaria Miguel Vásquez Plaza— señala en sus artículos primero al cuarto lo siguiente:

[22] De fechas 7 de julio de 2014 y 20 de abril de 2015, respectivamente. La sentencia de la Corte de Apelaciones fue pronunciada por la Tercera Sala, integrada por las ministros Teresa Figueroa Chandía y Gloria Solís Romero, y por el abogado integrante Ángel Cruchaga Gandarillas. La sentencia de la Corte Suprema fue pronunciada por la Segunda Sala integrada por los ministros Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., María Eugenia Sandoval G. y Lamberto Cisternas R.

PRIMERO: Que **no resulta verosímil que un oficial de la Armada de Chile, partícipe en un golpe de Estado, pretenda minimizar su responsabilidad** alegando ignorancia de lo que ocurría en la época en que él, precisamente, se desempeñaba en el Ministerio de Defensa Nacional, epicentro de la toma de decisiones y organización de operaciones.
SEGUNDO: Que a lo anteriormente señalado debe agregarse que **el condenado, aunque muy joven, era oficial de la Armada de Chile, es decir, no se trataba de un marinero haciendo su servicio militar. Se trataba de un engranaje de la institución naval**.
TERCERO: Que, finalmente, **señalar que su participación se limitó a trasladar al detenido, hoy desaparecido, desde el lugar en que ese trabajaba hasta el Ministerio de Defensa, y desde ahí no haber sabido nada de él, a juicio de estos sentenciadores es una excusa inaceptable para un oficial, más aún cuando denota un desprecio absoluto por el destino de un ser humano. Han pasado mas de cuarenta años de aquellos episodios y el condenado nunca tuvo la curiosidad de averiguar lo sucedido con Olivares Mori y mucho menos colaborar para cerrar una herida nacional**.
CUARTO: Que del mérito de autos se observa que **el sentenciador hace un acabado análisis de las pruebas reunidas en autos para así dar por establecido en forma clara y jurídica la existencia del delito**, como así también, en forma irrebatible establece la participación de Osses Novoa en el delito materia de autos, **motivo por los cuales la sentencia se encuentra ajustada a derecho**.

De la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema:

Vistos:
En estos autos Rol N° 95.524-OP, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta de octubre de dos mil trece, que se lee a fojas 2252, rectificada por resolución de trece de noviembre de dos mil trece, a fojas 2420, **se condenó a Jorge Aníbal Osses Novoa a cinco años y un día de presidio** mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro calificado de Fernando de la Cruz Olivares Mori, perpetrado el 5 de octubre de 1973. En lo civil, se rechazaron las excepciones de incompetencia, pago y prescripción alegadas por el Fisco de Chile condenándolo a pagar a los actores Juana Mori Chandía, Mauricio Olivares Cartes, Miguel Patricio, Jorge Iván, Carlos Enrique, Juana Inés y Víctor Manuel, todos Olivares Mori, **una indemnización total de $700.000.000, por el daño moral padecido**, más reajustes e intereses desde el mes anterior a la fecha del fallo hasta su pago efectivo, con costas.
Tercero: Que para decidir acerca del recurso de casación en el fondo deducido por el sentenciado, es conveniente recordar los hechos declarados como probados por el tribunal de instancia. El considerando Tercero del

fallo de primer grado, reproducido por el que se revisa, señala que: "el día 5 de octubre de 1973, una patrulla militar al mando del teniente de la Armada Jorge Osses Novoa, concurrió al Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE), organismo dependiente de las Naciones Unidas, lugar donde trabajaba Fernando Olivares Mori, exigiendo la presencia de aquel para conducirlo en calidad de detenido a las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional, manifestando que era requerido en ese lugar para prestar declaraciones y que luego quedaría en libertad, para lo cual la encargada del CELADE envió a un funcionario para velar por la seguridad de Olivares Mori". ... "una vez que llegaron a las dependencias del Ministerio de Defensa, Olivares Mori fue llevado a una oficina, perdiéndose su rastro y, en los días siguientes, ante las repetidas consultas hechas respecto de su paradero por quien lo acompañó a aquellas dependencias, además de la propia CELADE, se informó, en un principio, que estaba detenido en el Estadio Nacional, sin embargo, las autoridades militares de la época negaron que se encontrara en tal calidad en alguna de las dependencias del Ministerio de Defensa o en los otros lugares que en la época se habilitaron para ello, sin que hasta el momento haya podido establecerse lo acontecido con posterioridad a su detención" ... "en el Ministerio de Defensa se encontraban, en parte de sus dependencias, las oficinas de Inteligencia de la Armada de Chile, lugar en que se llevaba e interrogaba a los detenidos, disponiéndose del destino de los mismos, desde el 11 de septiembre de 1973 hasta una fecha muy posterior al mes de octubre del mismo año".

A lo anterior el fallo de alzada añade que: "no resulta verosímil que un oficial de la Armada de Chile, partícipe en un golpe de Estado, pretenda minimizar su responsabilidad alegando ignorancia de lo que ocurría en la época en que él, precisamente, se desempeñaba en el Ministerio de Defensa Nacional, epicentro de la toma de decisiones y organización de operaciones" ... "el condenado, aunque muy joven, era oficial de la Armada, es decir, no se trataba de un marinero haciendo su servicio militar. Se trataba de un engranaje de la institución naval" ... "señalar que su participación se limitó a trasladar al detenido, hoy desaparecido, desde el lugar en que ese trabajaba hasta el Ministerio de Defensa, y desde ahí no haber sabido nada más de él" ... "es una excusa inaceptable para un oficial, más aun cuando denota un desprecio absoluto por el destino de un ser humano".

Cuarto: Que como se advierte, es manifiesto que el recurso desconoce los hechos demostrados, pues la alegación de ser autor de un delito de secuestro simple se construye a partir de una conducta que se habría agotado con la detención de la víctima y que se desconecta de todos los hechos concomitantes y posteriores. Sin embargo el fallo no asienta sólo ese relato fáctico. El motivo Cuarto de la sentencia de primer grado, mantenido por la que se revisa, a partir de los sucesos transcritos en el considerando Tercero de este pronunciamiento da por cierto que la acción se prolongó por más de 90 días y que los actos ejecutados evidencian una conducta determinada y resuelta **en contra de la libertad de la víctima, la que fue retenida en contra de su voluntad a partir del 5 de octubre de 1973, <u>prolongándose esa situación hasta el día de hoy, ignorándose su paradero</u>**.

Acerca de la limitación de participación al solo traslado, el fundamento

> **Séptimo del a quo aborda esa defensa, desestimándola.** Por un lado, señala que la exculpación del acusado no aparece avalada por otro antecedente del proceso en términos que permita dar crédito a sus dichos. Pero también declara que Osses Novoa estuvo en conocimiento que la víctima había desaparecido desde que el señor Arévalo —abogado que acompañó a Olivares Mori el día de su detención desde la CELADE—, empezó a averiguar sobre su paradero el mismo día que quedó detenido en el Ministerio de Defensa. **Osses Novoa fue la última persona que estando a cargo de la custodia de Olivares Mori lo vio con vida y estando en su poder, desapareció**.
> **Quinto:** Que la acogida del recurso supone una modificación sustancial de los hechos establecidos en la sentencia, pero estos resultan inamovibles para este tribunal de casación, que sólo podría alterarlos si se demostrase que se los acreditó con vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, para lo que resulta indispensable invocar la causal de casación en el fondo contemplada en el artículo 546 N° 7° del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo que en la especie no ha sucedido.
> **A partir de tales sucesos es correcta la aplicación del derecho efectuada por los jueces del fondo en el proceso de subsunción de ellos a la norma que reprime la conducta, pues el hecho de que se trata guarda conformidad y es coincidente con la figura penal determinada en el fallo, de secuestro calificado**, respecto de la cual el tribunal atribuye al enjuiciado intervención delictiva como autor.

Resulta irrisorio responsabilizar a un joven oficial de una institución armada por haber "participado en un golpe de Estado". De ser así, todos los integrantes de las instituciones armadas, de capitán a paje son responsables, sin distingo de grado jerárquico ni condición. Pretender que Osses fue parte en la gestación y ejecución del movimiento militar, como responsable ejecutivo o directivo es simplemente expresar odio hacia toda persona que haya vestido uniforme. No cabe duda que a un teniente no le era permitido conocer en profundidad todo lo que sucedía, ni siquiera en su entorno, debido a que su ámbito de responsabilidad se circunscribía a un estrecho espacio de acción —como siempre ha sucedido— aunque en este caso ese espacio estuviera radicado en una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional. Los oficiales de baja graduación solo se limitan a cumplir órdenes, sin preguntar el por qué.

Más absurdo aun resulta expresar que el teniente Osses haya sido parte de un engranaje de la Armada de Chile. En las instituciones armadas no han existido "engranajes" parte de una maquinaria; lo que existe son personas que luego una larga preparación y un exigente entrenamiento y sujetas a una rigurosa disciplina se limitan a cumplir órdenes.

En cuanto a que el teniente Osses informara al juez —que es a la vez investigador, acusador y sentenciador— que después de la detención de Fernando Olivares no supo nada respecto de su destino y que esta afirmación resulta ser una "excusa inaceptable", **solo denota que los sentenciadores cumplen rigurosamente con la filosofía actual que dicta que hay que condenar a los**

militares por el solo hecho de haber vestido uniforme en ésa época.

Y como guinda de esta torta abominable, **los jueces se dan el lujo de suponer intenciones y atribuir desprecio por la vida humana, sin más argumentos que los que anidan en sus mentes odiosas y afiebradas**.

Es realmente inhumano castigar a una persona por hechos ocurridos hace más de cuarenta años. Resulta aun más inhumano si tales hechos, como los imputados al teniente Osses, no son constitutivos de delito —ni siquiera común, menos aun de "lesa humanidad" como lo califica la sentencia— **y que, si lo fuesen, están amparados por la Ley de Amnistía y por la prescripción de la acción penal; institución jurídica que a comienzos del año 2014 le fue aplicada al presidente del Partido Comunista y actual diputado Guillermo Teillier** (en la querella presentada por viudas de los escoltas asesinados durante el atentado contra el presidente Pinochet).

La precitada sentencia constituye una iniquidad suma y una atrocidad judicial —pues no solo atropella la Constitución Política de la República de Chile y un sinnúmero de normas legales internas, sino que, además, diversos tratados internacionales— **y solo puede calificarse como un "crimen judicial de lesa humanidad"**.

A nuestro juicio **los sentenciadores infringieron la Constitución y las leyes, la justicia, la verdad y el sentido común**. Ellos, en forma miserable e hipócrita, tiránica y despótica —propia de un régimen totalitario— **torcieron inicuamente las leyes y la realidad de los hechos** para cometer una atrocidad judicial a su sombra.

Por otra parte **dicha sentencia ordena pagar a los querellantes —por el Fisco de Chile, es decir, con el dinero de todos los chilenos— una indemnización por daño moral de $700.000.000**. Esto último confirma lo denunciado por diversos autores en el sentido de que estas querellas tienen importantes motivaciones de carácter económico; **al rentable "negociado de los derechos humanos"**.

1.4. Sentencias pronunciadas en el caso de la muerte de Rigoberto Achú y Absolón Wegner por el ministro en visita extraordinaria Jaime Arancibia Pinto, por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y por la Corte Suprema, Roles N°s 67.340-2010 (inicialmente enrolada en el Primer Juzgado de Letras de San Felipe), 107-2016 y 5989-17, respectivamente[23]

[23] De fechas 22 de enero de 2016, 5 de enero de 2017 y 18 de julio de 2017, respectivamente. La sentencia de la Corte de Apelaciones fue pronunciada por los ministros Eliana Quezada Muñoz, Max Cancino Cancino y Pablo Droppelmann Cuneo. La sentencia de la Corte

A continuación nos referiremos al caso que afecta al teniente de Ejército Sergio Jara Arancibia y a otras personas de dotación del Regimiento "Yungay" de San Felipe.

El 22 de enero de 2016 dicho oficial fue condenado por el ministro en visita extraordinaria Jaime Arancibia Pinto, a **dieciocho años de presidio,** por hechos ocurridos en diciembre de 1973, por el solo hecho acreditado de ser el conductor de una camioneta en la que viajaban los miembros de una patrulla militar y dos detenidos que resultaron muertos en circunstancias que no fueron claramente determinadas porque el conscripto que supuestamente habría sido el autor de los disparos estaba fallecido al momento de la investigación.

El ministro en visita extraordinaria Jaime Arancibia Pinto argumentó en su sentencia que como los fallecidos presentaban numerosos impactos de proyectil en sus cuerpos, **se infiere que los disparos fueron efectuados por varias personas a la vez, entre ellas, por el condenado**; sin considerar que los disparos fueron hechos con un fusil SIG, un arma automática que puede disparar los veinte tiros de su cargador en una sola ráfaga. Por otra parte, constan en autos **numerosas declaraciones de testigos que dicen haber escuchado una ráfaga de tiros**; un ruido característico de disparos hechos con un fusil ametralladora y no por disparos hechos con armas cortas por varias personas a la vez.

A la misma pena de dieciocho años de presidio fue condenado el comandante del Regimiento, don Héctor Orozco Sepúlveda, porque "**atendida su situación jerárquica, debió conocer y aún más, autorizar aquellas situaciones excepcionales como la ocurrida en autos, en que precisamente resultan dos personas muertas**". El general Orozco tiene actualmente noventa y un años de edad y **comenzó a cumplir su condena a muerte en prisión el día 21 de agosto de 2017**, no obstante estar en una condición física y mental absolutamente deteriorada.[24]

Suprema fue dictada por los ministros Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

[24] "**Trato vejatorio de la justicia y de Gendarmería con un general de la República**. Ayer, lunes 21 de agosto por la tarde, algunos de los internos del penal de Punta Peuco pudieron presenciar un espectáculo aberrante. Con sorpresa vieron que gendarmes ingresaban al recinto al general de Ejército de Héctor Orozco Sepúlveda. Con más de noventa años de edad empezaba a cumplir una condena de 10 años y un día. Solo le supera en edad el general de la FACH Enrique Ruiz Bunger. Por curiosa coincidencia, ambos ocuparon —en sus respectivas instituciones— la destinación de Director de Inteligencia. **Aunque cueste aceptarlo, el general Orozco ingresó al penal vestido solamente con pijama, bata de levantarse y zapatillas. No llevaba más ropa**. Distintos internos que nos llamaron para informarnos, conmovidos e indignados, nos contaban que estaba en cama en su residencia cuando lo fueron a detener. **Sin darle tiempo para vestirse o preparar una maleta con algunas mudas, se lo llevaron a Tribunales, donde fue informado del**

Lamentablemente **los jueces no solo condenan a los militares sobre la base de ficciones jurídicas, sino que sin pruebas suficientes como para adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él le hubiere correspondido al acusado una participación culpable**.

A continuación transcribiremos algunos extractos de la sentencia de primera instancia:

> **DÉCIMOSEXTO: Que de los antecedentes de la presente causa, aparece especialmente claro que se investigan crímenes de lesa humanidad**, esto es, infracciones ocurridas en un contexto sistemático y sostenido de violaciones a los derechos humanos. En efecto, atendido la fecha en que ocurrieron estos hechos, 13 de diciembre de 1973 y especialmente la militancia política de las víctimas, sus homicidios se inscriben en una situación de persecución generalizada de determinado segmento de la sociedad chilena, específicamente militantes o bien simpatizantes del depuesto gobierno del Dr. Salvador Allende Gossens, y en el presente caso dos militantes de partidos políticos de la fenecida Unidad Popular, respecto de los cuales se cometió homicidio, tal como se indica en el auto de procesamiento y auto acusatorio y que recién ahora, año 2016, se dicta sentencia definitiva. **Que el origen del concepto de "crímenes de lesa humanidad", surge a partir de la Segunda Guerra Mundial en que la comunidad internacional, impactada por los crímenes ocurridos en Alemania y Japón**, reaccionan de manera conjunta y establecen una legislación que los contempla, especialmente teniendo en cuenta que tales crímenes eran cometidos por los aparatos del Estado, esto es, una organización de tipo gubernamental que cuenta con todos los recursos materiales y humanos disponibles para sostener las políticas persecutorias que estime pertinentes, **por lo que no es posible aplicar la prescripción ordinaria que pueda derivarse de otros tipos de delitos**, y, con ello, surge el concepto de la imprescriptibilidad de esta clase de crímenes y la obligación que le compete a un Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos, de investigar este tipo de ilícitos. La legislación penal, en tanto, tiene por objetivo la persecución de todos los delitos que puedan

---

"cúmplase'', entregado a gendarmes y trasladado en un carro celular a Punta Peuco, a donde llegó a eso de las 15 horas. ¿Qué dirá de esto el actual comandante en jefe del Ejército, su cuerpo de generales? Orozco fue un militar cercano al general Pinochet y ocupó importantes cargos en su carrera, fue el comandante en jefe de la segunda división del Ejército, la más numerosa de la Institución que abarca Santiago y algunas ciudades cercanas a la capital del norte y sur del país. Ejerció también como Juez Militar". Periódico digital *Chile Informa*, Santiago, edición Nº 2584, 22 de agosto de 2017. A lo anterior cabría agregar que el general Orozco tiene demencia senil, no reconoce a nadie y no controla esfínteres. En esas condiciones fue internado en el campo de exterminio en el que se está transformando el penal de Punta Peuco. ¿Es esto justicia o puro y simple odio y venganza?

ocurrir en un país determinado **y si estimáramos que estos crímenes estarían prescritos, ello significaría consagrar la impunidad de ellos, lo que no se condice con un estado de derecho**. De esa manera, **habiendo transcurrido más de 40 años de la comisión de los ilícitos de autos, no es posible sostener que ellos están prescritos, por tratarse precisamente de delitos de lesa humanidad**. Una solución contraria a los (sic) expuesto implicaría que tales crímenes que cometan las organizaciones internas que conforman el propio Estado o que tienen una cierta autonomía funcional y/o orgánica, podrían utilizar el aparato jurídico de ese Estado para pretender quedar fuera de la persecución penal pertinente, por ejemplo a través de un Decreto Ley de amnistía o cualquier otro subterfugio que impida la investigación que debe operar cuando se cometen crímenes o delitos, especialmente de esta naturaleza y aún más, establecidos éstos, se impida sancionar a los responsables.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en cuanto al concepto de crimen de lesa humanidad, debe precisarse que se trata de crímenes de especial gravedad, ya que atentan contra la especie humana. El término "lesa" proviene del latín "laesae", que corresponde al participio presente, en voz pasiva, del verbo "laedo" que significa herir, injuriar, causar daño. De ahí las expresiones latinas "laesae maiestatis" (de lesa majestad), "laesae humanitas" (de lesa humanidad) que también son expresiones corrientes que se utilizan al respecto. En consecuencia, los crímenes de lesa humanidad son los actos inhumanos tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia. Además, los crímenes de lesa humanidad se diferencian de otros crímenes principalmente porque reúnen cuatro características, a saber: 1. Son actos generalizados. 2. Son actos sistemáticos. 3. Son perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúan por instigación de dichas autoridades, o con su tolerancia, ayuda o complicidad, y 4. Están dirigidos a la población civil por motivos sociales, políticos, económicos, raciales, religiosos o culturales. Cuando se dice *generalizados*, se quiere destacar que se trata de crímenes que se cometen contra una gran cantidad de víctimas, ya sea por la cantidad de crímenes o por un crimen con muchas víctimas. Cuando se dice *sistemáticos*, se quiere significar que son crímenes que se realizan con arreglo a un plan o política preconcebida que permite la realización repetida o continuada de dichos actos inhumanos. Y en cuanto a los sujetos que cometen estos hechos, debe tratarse de un agente estatal o particular que trabaja para el Estado o que actúa con su apoyo, anuencia o tolerancia, lo que puede ocurrir con los llamados "grupos paramilitares", también "escuadrones de la muerte", o simplemente grupos orgánicos o inorgánicos que puedan formar parte de una institución armada o de orden, según sea la composición y naturaleza de los mismos. Internet. Crímenes de lesa humanidad. www.movimientodevictimas.org/index.php?option=com_content&vie...)

DÉCIMO OCTAVO: Que, en el presente caso, y especialmente al

configurarse el hecho punible que se investiga y sanciona, **se reúnen todos los requisitos señalados para estar en presencia de un crimen de lesa humanidad**, por lo que en virtud de esas consideraciones, **no corresponde la aplicación de las normas sobre prescripción** que señalan las defensas de los acusados, resultando un hecho público y notorio que sólo cuando el país recuperó sus cauces democráticos, fue posible la investigación de estos crímenes, cuando ya habían transcurrido por cierto los plazos de prescripción que se contemplan para los delitos que no tienen la calificación de crímenes de lesa humanidad.

DÉCIMO NOVENO: Que, por lo demás, **esta situación se encuentra consagrada a nivel internacional a través de la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad"**, dictada en 1968 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. **Que si bien esta Convención no está ratificada por nuestro país, el Ius Cogens, como principio general del derecho internacional, hace aplicable en nuestro derecho interno estas normas**. Lo anterior tiene importancia capital en la posibilidad de investigar los hechos de autos, pues de lo contrario estaríamos ante una situación irreductible, desde el momento en que tales crímenes se cometieron en una época en que no existían garantías procesales mínimas e independencia funcional suficiente por parte de los órganos persecutores ordinarios (tribunales de justicia), lo cual precisamente los hace consistir en crímenes de lesa humanidad. Todas estas ideas y conclusiones no solo han sido recogidas a nivel internacional (caso Barrios Altos en Perú, caso Almonacid Arellano en Chile), sino que han impelido a que el Estado de Chile a partir del año 1990, haya reconocido su responsabilidad institucional en estos luctuosos sucesos, creando y organizando instituciones que pretenden establecer la verdad de los hechos ocurridos en tan difíciles circunstancias, dictando la legislación concreta que recoge estas consideraciones y reparando de algún modo los perjuicios tangiblemente causados, lo cual significa renunciar expresamente a la prescripción que se alega. **Todo lo anterior se refleja, por último, en la reciente jurisprudencia emanada de la Excma. Corte Suprema, la que ha concluido que "*los principios del Derecho Internacional y el Ius Cogens, forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía de las leyes internas, aún cuando no estén consagradas en convenciones o Tratados obligatorios para Chile*"**. Que, en razón de lo anterior, no podría sostenerse que esta institución de la prescripción opera por el sólo transcurso del tiempo por cuanto éste no es un elemento absoluto que deba considerarse, sino que también operan las circunstancias que impidieron realizar una investigación acabada y conforme a derecho. **Tampoco opera en esta materia a rajatabla el principio "indubio pro reo"**, pues ello va en contra no sólo de la investigación necesaria para investigar estos hechos, sino que también en contra de las víctimas, que son los sujetos principalísimos en una investigación penal. También en ese sentido resultan insustanciales e impertinentes las teorías tendientes a contar el período de prescripción y las posibles suspensiones de tales períodos, pues ella simplemente no empezó a correr en ningún caso. En virtud de ello, carece de sentido pronunciarse respecto de la fecha en que habría podido comenzar a

correr dicha prescripción. Que, por estas mismas razones, también corresponde rechazar la pretensión del abogado defensor del acusado Navarro, en el sentido de que antes de la dictación de la Ley N° 20.357 no existirían en Chile delitos imprescriptibles, por cuanto la argumentación esgrimida para rechazar las correspondientes pretensiones de prescripción, operan, como ya se dijo, en todo tiempo y lugar, primando para ello que se trate de crímenes de lesa humanidad. **Tampoco se trata de que en la especie estemos ante la tipificación de un delito nuevo** que se deriva de la existencia o no de un conflicto de carácter no internacional en Chile, pues de lo que se trata es que durante una época de carácter inconstitucional y autocrático, se cometieron asesinatos que en su oportunidad no pudieron ser investigados y que sólo en una etapa de normalización democrática y republicana, puede finalmente realizarse y llevarse a cabo. En concreto, **por las razones ya expuestas, estos crímenes no pueden ser resueltos aplicando sólo y exclusivamente la legislación interna**, pues su comisión y posterior impunidad trascienden los márgenes internos al quedar englobado en el concepto de crímenes de lesa humanidad. Que en mérito de estas consideraciones, estas excepciones de prescripción que han sido opuestas, serán rechazadas.

VIGÉSIMO: Que, sin perjuicio de lo resuelto en el considerando anterior y teniendo en cuenta que a fojas 2416 también se alude a la media prescripción o prescripción progresiva, cabe también referirse a ella. En el presente caso, **por las mismas razones que se han argüido para rechazar la prescripción, ello también opera para la llamada media prescripción o prescripción gradual**. En efecto, al no operar esta institución por tratarse en la especie de la investigación de crímenes de lesa humanidad, esto es, atentados sistemáticos y generalizados contra una parte de la población por razones políticas que no pudieron ser investigados en tiempo oportuno, implica, de la misma forma, que tampoco opera una (sic) mecanismo del derecho interno que es procedente en delitos de carácter común y/o cometidos en períodos de normalidad constitucional. De manera que se puede concluir entonces que si una institución no opera plenamente por las razones ya expuestas, tampoco ocurre con la llamada media prescripción, pues éstas (sic) última es una derivación lógica de la primera y un elemento accesorio que debe seguir, en este caso, la suerte de lo principal. Por lo demás, respecto de los plazos concretos que podrían operar en esta institución, cualquiera de ellos está condicionado a que no se reunían los requisitos para estar en presencia de esa forma de término de la persecución penal, incluso considerándolo a nivel de circunstancias atenuantes, en razón de que estrictamente solo operaría en el caso de situaciones ordinarias, lo que no ocurre en la especie. En mérito de lo anterior, esta petición de la defensa del acusado Orozco también será rechazada.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que ahora cabe pronunciarse sobre la petición subsidiaria formulada por la defensa del acusado Orozco, esto es, **respecto a la amnistía establecida en el artículo 93 N° 3 del Código Penal, en relación con el Decreto Ley 2.191 del año 1978**. Que, al respecto, cabe indicar que la petición anterior no resulta procedente, desde el momento en que, tal como ya ha sido desarrollado, **tratándose de crímenes de lesa**

humanidad, aparte de no aplicarse la prescripción, tampoco estos delitos son amnistiables, toda vez que precisamente en el caso de marras, el Decreto Ley mencionado, a fuer de plantearse como una forma de obtener tranquilidad o paz social en el país, su dictación implicó que no se investigaran ni sancionaran los crímenes cometidos durante los momentos más álgidos del régimen militar, y **no es posible que pueda tener efecto un instrumento que contraviene las normas mínimas del respeto de los convenios de la legislación internacional que existen sobre la materia**, como asimismo establecer un manto de impunidad a situaciones que no se condicen con el respeto a un estado moderno, democrático y republicano de derecho. No resulta procedente que a través de ese artilugio, el Estado deje de cumplir sus funciones básicas que garantizan la convivencia y la operatividad de los órganos encargados de la investigación de los crímenes que ocurren en su territorio. **Además, en esta materia, tiene relevancia los cuatro Convenios de Ginebra dictados el año 1949** y que entraron en vigor en Chile el año 1951. **Es atinente a la aplicación de esas normas el artículo 3° común a los cuatro convenios, en el sentido de que deben investigarse y sancionarse los atentados contra la vida** e integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas. Bajo ese punto de vista, el Estado de Chile está impedido jurídicamente de aplicar cualquier norma que impida establecer la responsabilidad criminal que se desprende de la comisión de estos delitos, lo que también ha sido recogido abundantemente por la Excma. Corte Suprema. En ese sentido, la legislación que ha sido dictada en la época ya referida, esto es, **el Decreto Ley N° 2.191 de amnistía del año 1978, no tiene aplicación en nuestro país**, pues por una parte priman las normas internacionales ya mencionadas, al tratarse de leyes dictadas durante una situación de "guerra interna" y porque su consagración y aplicación implicaría una dejación de las obligaciones internacionales existentes el día de hoy, algo incompatible con el deber intrínseco que tiene el Poder Judicial de investigar los graves atentados que ocurrieron en nuestro país en la época ya señalada y una vez realizado esto, determinar la existencia de responsabilidad criminal en esos hechos, si lo hubiere. En virtud de estas consideraciones, la petición de aplicar la amnistía formulada por la defensa del acusado Orozco será rechazada.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en orden a acreditar los hechos materia de la acusación judicial ya reseñada, se han reunido en este proceso, en la etapa del sumario, los siguientes elementos de convicción:

3.- **Querella criminal de fojas 464 a 474, interpuesta por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior**, en virtud de lo que disponen los artículos 10° transitorio de la Ley 20.405 y 6° de la Ley 19.123, por los delitos de secuestro y homicidio calificado cometidos en perjuicio de Rigoberto del Carmen Achú Liendo y Absalón del Carmen Wegner Millar, en grado de consumados (...). Al regresar de dichas dependencias y en momentos en que se desplazaban por calle Molina, a pocos metros de la entrada de la cárcel, **los efectivos militares dispararon una ráfaga de metralleta** en contra de las víctimas, produciéndoles la muerte a causa de las mortales heridas que recibieron en los pulmones y el corazón.

4.- **Querella criminal** de fojas 1351 y siguientes y de fojas 2069 y

siguientes, interpuestas por Carlos Aedo Liendo, a favor de su hermano de simple conjunción de parte de madre (...).Indica que los delitos por los que se querella son secuestro, aplicación de tormentos o torturas, homicidio calificado y asociación ilícita.

II.- Orden de investigar de fojas 483 y siguientes, que contiene declaración extrajudicial de Eugenio Francisco Wegner Millar de fojas 498 y de Miguel Rubio Cataldo de fojas 501 (...). El primero señala (...). En cuanto al segundo, dice que al mes de septiembre de 1973 era de dotación de la Comisaría Judicial de San Felipe. Respecto de Absolón Wegner Millar, desconoce quién es y no lo asocia a la época respecto de la cual se le consulta. En el caso de Rigoberto Achú Liendo, fue un ex Detective y que después del 11 de Septiembre de 1973, mientras se encontraba en el cuartel que en esa época se ubicaba en calle Salinas, siendo alrededor de las 23:00 horas, **repentinamente** **<u>escuchó una ráfaga de disparos de arma de fuego</u>**, ante lo cual sólo se asomó por el frontis del cuartel, observando que habían muchas personas que corrían por el lugar, cerca de la cárcel.

XI.- Orden de investigar de fojas 1146, que contiene declaración extrajudicial de Leopoldo Enrique Montenegro Montenegro de fojas 1148, quien señala que fue detenido el 20 de septiembre de 1973, que en esa época integraba el FER y que fue procesado por la Fiscalía Militar y condenado a una pena de extrañamiento, siendo exiliado en Francia en 1976. Respecto de las víctimas de autos, las recuerda al interior de la Cárcel y en un día que no puede precisar, Rigoberto Achú y Absolón Wegner fueron sacados de la Cárcel (...). Pasadas unas dos horas, **<u>escucha una descarga de munición de ametralladora</u>**.

XIII.- Orden de investigar de fojas 1251 y siguientes, que contiene declaración judicial de Manuel Segundo Valdés Valdés de fojas 1255. Este refiere que habiendo pertenecido al Regimiento Yungay, se enteró de los hechos investigados por comentarios que hubo en ese lugar, al día siguiente, en el sentido de que en la noche habían matado a Rigoberto Achú y otra persona que desconocía su nombre, debido a que habían intentado huir de los funcionarios militares que los trasladaban y que los que participaron fueron el Capitán Mario Caraves y el Teniente Pedro Lovera.

XIV.- Orden de investigar de fojas 1407 y siguientes, que contiene declaración extrajudicial de Adolfo Gustavo Copia Herrera de fojas 1410, quien dice respecto de la muerte de Achú y Wegner, que se encontraba ese día como Suboficial de Guardia y aproximadamente como a las 19:00 horas llegaron dos a tres militares del Regimiento Yungay, quienes retiraron a los mencionados. Alrededor de las 22:00 horas aproximadamente, encontrándose al interior del recinto penal, **<u>sintió una ráfaga de fuego</u>** desde 5 de Abril con calle Molina, a unos 40 metros de la puerta de la cárcel. Se mantuvieron al interior unos minutos y después salieron, percatándose que los cuerpos de las víctimas estaban en el medio de la calle, desconociendo si había militares en el lugar.

XIII.- Declaración judicial de Julio Segundo Inostroza Rojas de fojas 1382, quien ratifica su declaración extrajudicial prestada a fojas 873, agregando que el día 13 de diciembre de 1973, siendo aproximadamente las 19:30 horas de la tarde, en su casa que se encuentra muy cerca de la cárcel,

escucharon con su familia (padre) <u>una gran cantidad de balazos (ráfagas</u>).

XIV.- Declaración judicial de Luis Noster Riveros Abarca de fojas 1402, quien señala que los hechos que recuerda en que fallecen Rigoberto Achú Liendo y Absolón Wegner Millar, fueron en el año 1973, en el mes de diciembre, entre los días 10 a 15. Llegó a su casa ubicada en calle Salinas alrededor de las 09:30 a 10:00 horas de la noche, aproximadamente, desde la Andina, lugar donde trabajaba. Cerca de las 10:30 horas estaba parado en la puerta de su casa **<u>cuando se sintieron los balazos, tipo ráfagas</u>**, corrió de inmediato hasta la esquina en donde se encuentra actualmente el Tribunal para ver lo que ocurría, había muchos militares y Carabineros.

2.- Declaración de Miguel Rubio Cataldo de fojas 2711 a 2713, quien junto con ratificar su declaración judicial de fojas 121 y declaración policial de fojas 501, agrega que se siente vilipendiado por una declaración que hizo Carlos Aedo, hermano de Rigoberto Achú. Que con Achú Liendo eran compañeros de liceo y cuando se presentó a la institución hizo un informe, no señalando tampoco que pertenecía a un partido político. **No fue testigo presencial de los hechos pero <u>sí que escuchó una ráfaga</u>** cuando estaba en el cuartel.

8.- Declaración de Aldo Gustavo Copia Herrera de fojas 3734 a 2739, quien junto con ratificar su declaración de fojas 1583, agrega que no recuerda que el día de los hechos se encontraba de servicio un gendarme de apellido Arias, permanecieron en el penal unos cinco minutos antes de salir por el miedo a las balas locas (...), no conoció a Sergio Jara Arancibia, tampoco recibió alguna instrucción de algún alto mando del ejército (...). Indica que el primer elemento que considera anormal en la situación **<u>fue la ráfaga de tiros que sintió</u>**, que no recuerda con cuál otro gendarme salió.

2.- Acta de reconstitución de escena, de fojas 3031 a fojas 3037, efectuada por este Ministro instructor al lugar de los hechos, especialmente a la intersección de calles 5 de Abril con Molina de San Felipe, y con la asistencia de los acusados Jara Arancibia, Lovera Betancourt, Navarro Quintana y Núñez Hidalgo, además de los abogados que se mencionan en el acta y de la Policía de Investigaciones de Chile. En esta diligencia se determina, aproximadamente, el **lugar en que se detuvo <u>la camioneta manejada por Jara Arancibia</u> el día de los hechos**, de acuerdo a lo que este último manifiesta y también Lovera Betancourt. Además, ellos indican aproximadamente el lugar en donde quedaron los cuerpos (...). Al volver al punto de origen, **se consulta al acusado Núñez Hidalgo sobre los motivos que él esté imputado en esta causa, señalando que es por lo que han dicho dos a tres personas <u>que lo sindican en el lugar de los hechos y porque uno de ellos reconoce su voz</u>**.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que prestando declaración indagatoria el acusado Sergio Francisco Jara Arancibia a fojas 586, señala que ratifica su declaración policial de fojas 504 y siguientes, precisando que para él fue una de las situaciones más fuertes que ha vivido en su vida. Respecto de la Fiscalía, esta queda en el acceso del regimiento, en unas oficinas a la izquierda, estaba atrás en una de las compañías como a las 18:00 horas, donde lo manda a buscar Mario Caraves Silva (Fiscal Militar). **Entró en una**

dependencia donde habían dos personas, le dicen que debe acompañar a unos detenidos a la cárcel. Le preguntó el inspector por donde habían salido, lo cual no recuerda, una de las salidas es por la Alameda y la otra es por el costado poniente. Cuando salieron debían echar combustible a la salida de San Felipe, se les acabó el combustible en esta calle Molina. Bajan a los detenidos en la esquina y siente una balacera. Él se quedó cuidando el vehículo. Cuando sintió los disparos, en forma instintiva se protegió, sale del vehículo y está casi seguro que vio a los fallecidos en la vereda sin vida, producto de haber recibido varios balazos. **Lo que tenía claro es que el soldado Bañados estaba pálido y le decía "se arrancaron", "se arrancaron"** (...). Los detenidos estaban en buenas condiciones físicas, los vio normales y no recuerda si estaban esposados (...). **El autor de los disparos**, conscripto Bañados (fallecido), testigo que **debe haber percutado de diez a veinte balazos de su fusil SIG**, lo único que le decía "se arrancaron, se arrancaron", estaba muy choqueado, pálido.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que no obstante desconocer el acusado Orozco su participación en el ilícito que se le imputa, dicha exculpación será desestimada, por encontrarse ella desvirtuada con el mérito de la multiplicidad de antecedentes que se han reunido en autos y en orden de convencer de su real actuación y participación en los hechos, obran en su contra los siguientes elementos de juicio:

a) **Sus propios dichos** de fojas 1021, en cuanto señala que a partir del año 1973, **con el grado de Coronel, se desempeñó como Comandante del Regimiento N° 3 Yungay de San Felipe**. Esta aseveración se encuentra ratificada al aparecer esta persona en el segundo lugar de la nómina que acompañó el Estado Mayor del Ejército en estos autos y que se guarda en custodia, correspondiente a la dotación del Regimiento mencionado entre el 1 de Enero de 1973 al 1 de Enero de 1974. Fuera de lo anterior, existen numerosos testimonios en el proceso de que el acusado Orozco se desempeñó en la calidad mencionada durante el tiempo en que ocurrieron los hechos investigados en esta causa. **Lo anterior implica que atendida su situación jerárquica, debió conocer y aún más, autorizar aquellas situaciones excepcionales como la ocurrida en autos, en que precisamente resultan dos personas muertas** cuando era inminente que deberían ser juzgadas por un Consejo de Guerra, aduciéndose una presunta fuga que nunca pudo ser acreditada. Por último, en el careo a que es sometido con Gilberto González Roco a fojas 1462, señala que "andaba metido en todo", por lo que resulta plausible que conociera a cabalidad la operación que se pretendía realizar.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que no obstante desconocer el acusado Jara Arancibia su participación en el ilícito que se le imputa, su exculpación será desestimada, por encontrarse desvirtuada con el mérito de la multiplicidad de antecedentes que se han reunido en estos autos, y en orden a convencer a este Tribunal de su real actuación y participación en los hechos acreditados, **obran en su contra los siguientes elementos de juicio**:

a) Sus propios dichos de fojas 586,1388 y 1948, **que lo ubican temporal y espacialmente en la hora y lugar de los hechos, encontrarse a cargo de la patrulla que trasladaba los detenidos desde el Regimiento a la Cárcel y**

estar incorporado en la nómina de oficiales que formaba parte de la dotación del Regimiento Yungay de San Felipe al mes de diciembre de 1973, lo que **lo hace aparecer responsable del delito investigado en autos**.
c) Porque no resulta lógico ni plausible que en el evento señalado precedentemente, haya participado sólo una persona (el conscripto Bañados). Sin perjuicio de que resulta burdo y alejado de la realidad achacarle responsabilidad a una persona fallecida.
e) El hecho de que indique al comienzo de su declaración de fojas 586 que la situación que vivió fue una de las más fuertes que ha vivido, y que reiteró ante este Ministro en la segunda reconstitución de escena, le que le ha servido, básicamente, como pretexto para señalar que no recuerda aspectos importantes de cómo pudieron haber ocurrido los hechos a que se refiere esta investigación. En ese sentido llama la atención que recuerde sólo aspectos que lo favorecerían, en su concepto, y no aquellos que lo perjudicarían. En ese aspecto **resulta francamente inentendible e incomprensible que una persona educada e instruida para la guerra, como lo es cualquier soldado u oficial del ejército**, aunque tenga 20 años de edad a la época de los hechos, lo que en todo caso lo hace ser plenamente imputable desde el punto de vista de su responsabilidad penal, **aduzca que no estaba preparado para ver a dos personas fallecidas**, a menos que ello sea la justificación para no acordarse de elementos que indudablemente apuntan a su responsabilidad directa en estos hechos.
f) Porque tanto el número de disparos como las numerosas heridas que presentaban las víctimas, lo que se evidencia tanto de las declaraciones de los funcionarios de Gendarmería que escucharon los disparos, como lo que escucharon a su turno las personas que se encontraban en esos momentos detenidas en la Cárcel Pública y que han depuesto en estos autos y con lo que al respecto señala el testigo Patricio Cornejo Vidaurrázaga respecto del número de disparos que vio en las víctimas cuando ellas fueron llevadas al Hospital, cuando declara a fojas 2308 y 2847, **es demostrativo que fueron varias las personas que habrían disparado a las víctimas, pudiendo inferirse de lo hasta aquí analizado, que corresponde a disparos efectuados por Bañados, Jara y Lovera, por lo menos.**

En virtud de lo expuesto, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 1, 5, 11 N° 6, 12 N° 8 y 12, 14, 15 N° 1 y 2, 16, 18, 24, 28, 50, 51, 57, 67, 68 y 391 N° 1 del Código Penal y artículos 10, 42, 81, 108, 109, 110, 456 bis, 457, 484 bis, 488, 500 y 533 del Código de Procedimiento Penal, SE DECLARA:

II.- **Que no se hace lugar a las excepciones de previo y especial pronunciamiento** deducidas por la defensa del acusado Orozco Sepúlveda a fojas 2416, relativas a la **prescripción de la acción penal**, **media prescripción** y **amnistía**, y la deducida por la defensa del acusado Navarro Quintana a fojas 2495, relativa a la prescripción, de acuerdo a lo que se expone en los considerandos décimo sexto a décimo noveno respecto de la prescripción, vigésimo respecto de la media prescripción y vigésimo primero respecto de la amnistía.

III.- **Que se condena** a Héctor Manuel Rubén Orozco Sepúlveda, Sergio Francisco Jara Arancibia, Pedro Luis Lovera Betancourt, Raúl

Orlando Pascual Navarro Quintana y Milton René Núñez Hidalgo, todos ya individualizados en autos, **a las penas de DIECIOCHO AÑOS de presidio mayor en su grado máximo**, los tres primeros, esto es, Orozco Sepúlveda, Jara Arancibia y Lovera Betancourt, y a la pena de OCHO AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo, los dos últimos, esto es, Navarro Quintana y Núñez Hidalgo, además de las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientas dure la condena, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autores los tres primeros, y en calidad de cómplices, los dos últimos, del delito de homicidio calificado en las personas de Absolón del Carmen Wegner Millar y Rigoberto del Carmen Achú Liendo, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias 1ª y 5ª del Código Penal, hecho ocurrido en la ciudad de San Felipe, el 13 de Diciembre de 1973.

Que, atendida la extensión de las penas impuestas, ellas deberán ser cumplidas por los condenados en forma efectiva, no reuniéndose en todo caso los requisitos establecidos en la Ley 18.216 y sirviéndoles de abono el tiempo que han permanecido privados de libertad en esta causa, cuatro días, desde el 17 de Mayo de 2013 al 20 de Mayo de ese mismo año, según consta de la resolución y certificación de fojas 1623 y de la certificación de fojas 1707.

Como diría el profesor Bernardino Bravo, **esta sentencia es fantasmagórica** —una alucinación; una ilusión de los sentidos o figuración vana de la inteligencia, desprovista de todo fundamento—, como por ejemplo cuando dice que "**es demostrativo que fueron varias las personas que habrían disparado a las víctimas**"; o cuando establece que el Comandante del Regimiento "**atendida su situación jerárquica, debió conocer y aún más, autorizar** aquellas situaciones excepcionales como la ocurrida en autos, en que precisamente resultan dos personas muertas"; o cuando expresa, en relación con los Convenios de Ginebra, "es atinente a la aplicación de esas normas **el artículo 3º común** a los cuatro convenios, en el sentido de que **deben investigarse y sancionarse los atentados contra la vida**", en circunstancias que dicho artículo no dice eso ni nada parecido.[25]

1.5. Sentencia dictada con fecha 9 de febrero de 2017 por el ministro Alejandro Madrid Croharé, rol 2182, Jaime Eltit Spielmann, por el delito de "secuestro calificado".

Los jueces, aplicando la "**ficción del secuestro permanente**", le imputan a los querellados el delito de "secuestro calificado", sin aportar prueba alguna de que el delito se está cometiendo.

[25] *Ut supra* 2.3.

No obstante haber transcurrido más de cuatro décadas desde la detención o desaparición del "secuestrado", ellos consideran que las supuestas víctimas aún permanecen secuestradas; desde el día en que fueron vistas por última vez hasta la fecha de dictación de la sentencia.

La tesis del "secuestro permanente" es una **"ficción jurídica"** mediante la cual **se condena a personas que han sido imputadas de un supuesto delito del que no ha sido acreditada su existencia**; haciendo caso omiso de lo establecido en el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal: "**La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal**, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario".

Son innumerables las sentencias en las que los jueces, descaradamente y sin el más leve asomo de rubor en sus mejillas —contrariando la verdad y el sentido común, pues todo el mundo sabe que es mentira—, sin haber acreditado el delito y habiendo transcurrido más de cuatro décadas de ocurridos los supuestos hechos delictivos, **dictan sentencias condenatorias por el delito de "secuestro calificado"**.

Por ejemplo, el ministro Alejandro Madrid Croharé, en una reciente sentencia dictada con fecha 9 de febrero de 2017, condenó a mi amigo Alfonso Podlech Michaud a la pena de siete años de presidio por su responsabilidad como coautor del delito de secuestro calificado previsto y sancionado en el artículo 141 incisos 1º y 3º del Código Penal, en su redacción de la época.

Dicha sentencia condenatoria, que no tiene asidero ni sustento probatorio alguno, dice en su considerando 17º: "Que los hechos que se han tenido por establecidos en el motivo anterior, configuran la hipótesis penal que contempla el artículo 141, incisos 1 y 3 del Código Penal, correspondiendo al delito de secuestro en la persona de Jaime Emilio Eltit Spielman en su redacción vigente a la época de la comisión del hecho punible, aplicable por expreso mandato de los artículos 19 Nº 3 inciso 7 de la Constitución Política de la República y 1 del Código Penal sancionado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, toda vez que tal hecho debe ser calificado por el tiempo que se prolongó la acción —más de 90 días— lo que evidencia un acto determinado y resuelto en contra de la libertad de la víctima, **siendo retenida en contra de su voluntad a partir del 13 de Septiembre de 1973, prolongándose esta situación hasta el día de hoy**".

El juzgador castiga como autor al abogado asesor de la Fiscalía Militar de Temuco, Alfonso Podlech, quien no tuvo ni el menor conocimiento de lo ocurrido con el señor Eltit, acontecimiento en el que no tuvo injerencia alguna, ni menos algún tipo de concierto previo para llevar a cabo el ilícito, y prescinde por completo de los

secuestradores, que no se sabe quienes fueron.

El sentenciador, sin la menor prueba; solo sobre la base de conjeturas y de una mezcla de hechos reales e imaginarios, infiere que la suerte corrida por Jaime Eltit no le ha podido ser ajena y que "**no pudo menos que conocer**" dada su calidad como egresado de derecho y miembro de una conocida familia de Temuco.

1.6. Sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en la causa Rol 6188-2006, por el secuestro calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje, de fecha 13 de noviembre de 2007.[26]

A continuación transcribiremos algunos considerandos de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema en el caso del secuestro calificado de Carlos Contreras Maluje, en el que fueron condenados, en calidad de autores, Freddy Enrique Ruiz Bunger, Juan Francisco Saavedra Loyola, Daniel Luis Enrique Guimpert Corvalán y otros.

Esta sentencia le viene a dar la razón al profesor Bernardino Bravo Lira cuando dice **que los fallos no se sostienen, que los jueces están "disparados"[27] y que en sus sentencias afirman simples despropósitos**.[28]

> **Vigésimo primero:** Que, tal como se ha concluido en anteriores fallos, el examen de la normativa dictada luego del 11 de septiembre de 1973, así como el contexto en que se desarrollaron los hechos posteriores a dicha data, permiten concluir a estos sentenciadores, que en la época en que ocurrieron los sucesos que dieron origen a la presente investigación, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. **Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra**, cuyas disposiciones no hacen más que reafirmar el respeto de la dignidad humana, sobretodo el de las víctimas de conflictos armados.
> **Vigésimo octavo**: Que, por haberse cometido el delito en el contexto de violaciones a los derechos humanos, graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado que pretendían excluir, hostigar, perseguir o exterminar a quienes fueran contrarios al régimen instaurado el 11 de septiembre de 1973, tratándose específicamente en el caso de autos de la eliminación de una persona militante del Partido Comunista, es decir

---

[26] Pronunciada por la Segunda Sala integrada por los ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U. El ministro Nibaldo Segura, en su voto disidente, fue partidario de absolver a los condenados, aplicando la prescripción de la acción penal dado el tiempo en que ocurrieron los hechos.

[27] Como sinónimo de embravecido, enloquecido, delirante, trastornado, desbocado.

[28] *Ut supra* 2.3.

perteneciente ideológicamente al régimen político recién depuesto, **cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o ius cogens, que** —tal como ha sido declarado en anteriores fallos— **tiene prevalencia sobre la legislación nacional**. **Las reglas del ius cogens son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial**, suministrando pautas o modelos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en una fórmula legal no cambian su naturaleza jurídica.
Esta Corte reitera una vez más que **los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario, forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas, aún cuando no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile**.
Vigésimo noveno: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar -—en relación a la prescripción alegada— que el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución No 2391 adoptó la "**Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad**", en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, **que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario**".

En su voto disidente, el ministro Nibaldo Segura Peña manifestó:

7°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: (...)
No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable**, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno**, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.
Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar **el estado de guerra interno**, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las

motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, **no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un "conflicto armado no internaciona**l", en términos que **no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio**.
9°.- Que finalmente **los principios generales de Derecho Internacional**, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, **las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad** antes recordados.

1.7. Sentencia dictada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 16 de agosto de 2007, en la causa Mena, Carrera y Bravo, Rol Nº 7668-2006 (Cuaderno Arica).[29]

A continuación se transcriben algunos considerandos de una sentencia que repite argumentos de otras que hemos transcrito, con algunas variaciones.

Primero.- Que las defensas de los encausados Odlanier Rafael Mena Salinas, René Iván Bravo Llanos y Luis Guillermo Carrera Bravo dedujeron recurso de apelación —según presentaciones de fojas 2110, 2124 y 2126— contra la sentencia de primera instancia por estimar que ésta les causa un gravamen irreparable, precisando los dos primeros, en atención a las alegaciones que exponen que, por no haber tenido ninguna intervención en los homicidios pesquisados, **el fallo absolutorio que los favorece corresponde que se funde en la inocencia de sus representados y no en la amnistía contemplada en el Decreto Ley N°2191, de 1978**. En mérito de lo precedentemente expuesto, solicitan que se revoque la sentencia en estudio, en cuanto al fundamento impugnado.
Segundo.- Que a fojas 2075, **el abogado don Hugo Gutiérrez Gálvez**, en representación de los querellantes singularizados en el libelo de fojas 45 —con excepción de doña Mónica Angélica Moya Sánchez— apela del fallo en estudio en cuanto absolvió a Sergio Arellano Stark y favoreció por el Decreto Ley de Amnistía N°2191, de 1978, a los procesados Mena Salinas, Carrera Bravo y Bravo Llanos, **por estimar que la amnistía en comento contraviene el orden internacional y constitucional de los Derechos Humanos**, en atención a los antecedentes que expone, en mérito de lo cual **solicita que, revocándose la sentencia impugnada, se condene a la pena de presidio perpetuo, por el delito de homicidio calificado, a cada uno de los señalados encausados**.
Séptimo.- Que las defensas de los imputados **MENA SALINAS, CARRERA BRAVO Y BRAVO LLANOS** contestando la acusación de oficio y las adhesiones han negado toda participación en los hechos

[29] Pronunciada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los ministros Raúl Héctor Rocha Pérez y Dobra Lusic Nadal, y el abogado integrante Benito Matriz Aymerich.

pesquisados, en atención a las alegaciones que latamente exponen en sus respectivos escritos de fojas 1792, 1627 y 1568, y además opusieron, como alegaciones de fondo, la amnistía contemplada en el Decreto Ley N° 2191, de 1978, en relación con el artículo 93 N°3 del Código Penal, y la prescripción de la acción penal, en atención a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 y 94 del señalado Código Punitivo para que se les absuelva de los cargos formulados en su contra a fojas 1447, en mérito a los argumentos, que en lo substancial, se consignaron en los motivos 25°, 26° y 27° de la sentencia en estudio.

Octavo.- Que, como cuestión previa, respecto a las alegaciones de fondo señaladas en el basamento que antecede, cabe tener presente que el fundamento de la prescripción de las acciones penales es el transcurso del tiempo que hace inútil la pena y la inactividad del Estado en la persecución de los delitos, inactividad que no puede afectar a los hechores, y que, en cuanto al modo de computar el plazo en que opera, éste empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Noveno.- Que debe considerarse también que si bien la Ley de Amnistía del Decreto Ley N° 2.191, de 1978, en el artículo 1° de la misma dispone: "Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplice o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia del Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas", no es menos cierto que, en el caso de los delitos de homicidio calificado de Oscar Walter Pedro Ripoll Codoceo, Julio Gastón Valenzuela Bastías y Manuel Francisco Donoso Dañobeitía, se debe tener presente que, **según se encuentra acreditado en la causa en estudio, en la comisión de dichos ilícitos actuaron agentes del Estado, cuyas conductas estuvieron motivadas por razones de persecución política**, formando parte de un ataque generalizado y sistemático **en contra de la población civil para dar muerte e infundir terror a parte de ella**.

En consecuencia, es dable concluir, de los elementos de prueba que determinaron la existencia de los delitos de homicidio calificado de los ofendidos antes singularizados, que éstos son propios de conductas que **se han dado en un contexto que permiten denominarlos crímenes de lesa humanidad, calificación que resulta determinante para decidir si son aplicables o no las reglas que da nuestro ordenamiento interno respecto a la amnistía y prescripción** de las conductas ilícitas investigadas por el tribunal a quo.

Décimo.- Que la naturaleza y alcance de la situación de crisis institucional por la que atravesó nuestro país a partir del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973 y, en particular, al 20 de octubre de 1973, época de la comisión de los ilícitos cuya autoría se les imputa a los encartados, corresponde a las situaciones que la doctrina identifica como de ruptura o anormalidad constitucional.

Undécimo.- Que, según mérito de la sentencia recurrida, los hechos dolosos pesquisados se perpetraron y consumaron durante la vigencia de los Decretos Leyes N° 3 y 5, de fecha 11 y 12 de septiembre de 1973 respectivamente, ambos, interpretados al tenor del artículo 418 del Código

de Justicia Militar, vale decir, cuando el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna.

Duodécimo.- Que una de las consecuencias de este estado de guerra interna, es hacer aplicable la normativa del Derecho Internacional Humanitario, contenida fundamentalmente en **los cuatro Convenios de Ginebra**, de 1949, sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, vigente a la sazón, ratificados por nuestro país mediante el Decreto Supremo N°752 del Ministerio de Relaciones Exteriores del año 1951 -en la actualidad ratificados por prácticamente todos los países del mundo- y, por lo tanto, incorporados, desde entonces, a nuestro derecho interno.

El artículo 3°, común a todos los convenios, prohíbe, **en el evento de conflicto armado que no sea de índole internacional**, que es el que existía en nuestro país a la época de la comisión de los delitos pesquisados en estos antecedentes, en cualquier tiempo y lugar, "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas", **quedando prohibido a los contratantes auto exonerarse a sí misma** o a otras de las partes contratantes a causa de tales infracciones, **prohibición que alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal**.

Décimo Tercero.- Que, actualmente, la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra ha sido permanentemente reconocida por la Excma. Corte Suprema en diferentes pronunciamientos jurisdiccionales, entre los que cabe destacar el planteamiento formulado el 17 de noviembre de 2004, en proceso por secuestro calificado de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, autos S.C.S. Rol N°517-2004, donde se enfatiza que los Convenios de Ginebra "indudablemente se encontraban vigentes, como hoy" a la época de los hechos allí investigados, **acaecidos a la sazón como un "conflicto armado sin carácter de internacional**, ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el 12 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1975", quedando prohibido "para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal" (reproducido en la S.C.S. Rol N°559-4).

Décimo Cuarto.- Que si bien no existe en el Derecho Internacional un tratado o declaración que enumere casuísticamente las normas de derecho imperativo, existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o "crímenes contra la humanidad", categoría en la que cabe incluir a los ilícitos precisados en el fallo en alzada, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Décimo Quinto.- Que atendido a lo señalado en los basamentos que anteceden, es dable concluir que los delitos de homicidio calificado cometidos en las personas de las tres víctimas asesinadas en el mes de octubre de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de estos antecedentes, **permiten denominarlos como "crímenes contra la humanidad" lo que, a juicio de esta Corte, no se opone al principio de**

legalidad penal, porque las conductas imputadas a los encausados **ya eran delitos** en el derecho nacional -homicidio- y **en el derecho internacional, de acuerdo al contexto desarrollado en los motivos que anteceden**.

Décimo Sexto.- Que cabe tener presente también la llamada Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el año 1970, **que aunque no ha sido ratificada por el Estado de Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de "ius cogens" o principios generales del derecho penal internacional**.

Décimo Séptimo.- Que, **en cuanto a la obligatoriedad de las normas "ius cogens"** respecto de la imprescriptibilidad aludida, en nuestro ordenamiento jurídico **es la propia Constitución la que la reconoce –artículo 5°, inciso segundo– y permite la posibilidad de incorporarlo.**

Nuestra Carta Fundamental, siguiendo el mecanismo propio para incorporar el Derecho Internacional al Nacional o interno, **permitió el reconocimiento de la imprescriptibidad de los crímenes de lesa humanidad**, introduciendo un aseguramiento objetivo y expreso de los derechos humanos.

Décimo Octavo.- Que resulta atinente la incorporación de la **Convención de Viena** sobre los Derechos de los Tratados, ratificada por Chile el 09 de abril de 1981, promulgada por Decreto Supremo N°381 de igual año, sobre los Derechos de los Tratados, **la cual aclaró el acatamiento por el ordenamiento jurídico interno del principio "ius cogens", por cuanto, con absoluta claridad lo define, en el artículo 53 de dicha Convención, como una norma que no admite acuerdo en contrario** y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

Es decir, se reconoce, expresamente, el valor del principio "ius cogens" en general el que se comprende, entonces, como una norma de Derecho Internacional General que **debe ser respetada con la misma decisión que tiene un tratado ratificado por Chile**, no sólo por la especial forma en que puede ser modificado, sino –como se dijo anteriormente– porque su entidad es tal que **el propio artículo 53 de la Convención determina que: es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General**.

Décimo Noveno.- Que, lo anterior permite inferir que hay entonces una prevalencia de la norma Internacional de Derecho Internacional General, que determina que son incompatibles con ésta las leyes de amnistía y de prescripción invocadas respecto de los hechos delictivos establecidos en autos.

Vigésimo.- Que, como conclusión de lo antes señalado y, **siendo los homicidios investigados, crímenes contra la humanidad, por aplicación de las normas y principios de derecho internacional en comento, que deben ser aplicadas con preferencia, no es procedente acoger la solicitud de prescripción total ni gradual de la acción penal formulada por los encartados, la que deberá ser rechazada**.

Vigésimo Primero.- Que **en cuanto a la excepción de amnistía**, que

también fue invocada por las defensas de los imputados, de acuerdo al análisis de las circunstancias fácticas que rodearon la comisión de los delitos de homicidio materia de la sentencia en alzada, de acuerdo a lo antes concluido, **se tratan de delitos de lesa humanidad y, como tal, de acuerdo a lo antes razonado, también tienen el carácter de inadmistiable**, en atención a todo lo cual no es posible tampoco acoger la solicitud de amnistía impetrada".

1.8. Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema con fecha 21 de julio de 2015, caso homicidio de Luis Gaete Celis, Rol Nº 32.454-14.[30]

Esta sentencia anuló las de primera y de segunda instancia, que habían absuelto al autor del delito de homicidio de Luis Gaete Celis, ocurrido el 3 de junio de 1974, por encontrarse prescrita la acción penal. A continuación se transcribirán los párrafos que dicen relación con la aplicación de los Convenios de Ginebra.

Décimo: Que para los **Convenios de Ginebra** de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). **Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional",** conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra (...).
Undécimo: Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, **el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna**. Razón suficiente para tener por establecido que **en Chile existía un "conflicto armado no internacional"**, en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra.
Duodécimo: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Luis Gaete Celis, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción

[30] Pronunciada por la Segunda Sala integrada por los ministros Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Jean Pierre Matus A. Acordada con el voto en contra del ministro Hugo Dolmestch Urra.

alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: "a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

Décimo Tercero: Que en el contexto descrito, los hechos que causaron la muerte de Luis Gaete Celis a causa del disparo que hiciera un funcionario policial deben ser calificados como una infracción a lo dispuesto en el Art. 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y por tanto como un delito de lesa humanidad.

En esas circunstancias carece de toda importancia que no se haya establecido formalmente que la muerte de Gaete Celis haya sido la materialización de una orden específica del mando o de niveles superiores del mando, pues el hecho en particular se ejecuta en razón de la existencia de condiciones de conflicto armando no internacional.

Décimo Cuarto: Que como corolario de estas reflexiones, dado el carácter de infracción a la normas de las Convenciones de Ginebra entonces vigentes que tiene la muerte de Luis Gaete Celis, lo que determina la presencia de un delito de lesa humanidad, se debe sostener que los jueces del fondo, al calificar el hecho como un ilícito común y, por ello, declararlo prescrito, han aplicado erróneamente las normas del derecho interno contenidas los artículos 93 y siguientes del Código Penal.

En efecto, los Convenios de Ginebra de 1949 aplicables a la especie contemplan la obligación del Estado de Chile de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves contempladas en sus cuatro Convenios, y hacerlas comparecer ante sus tribunales, obligaciones cuyo cumplimiento, según la interpretación uniforme de esta Corte Suprema, supone la imposibilidad de aplicar las normas sobre prescripción del Derecho penal común. Tratándose

el homicidio en las circunstancias de su Art. 3o común de una de dichas infracciones graves, no cabe en consecuencia aplicar a su respecto las normas de prescripción ordinarias sin incumplir lo dispuesto en tales Convenios, en tanto se mantengan vigentes y no sean denunciados por el Estado de Chile. A ello obliga la disposición del inciso segundo del artículo 5o de la Constitución Política de la República en tanto establece que los tratados sobre derechos humanos constituyen un límite para la soberanía nacional, límite que deben respetar tanto los legisladores como este Tribunal, denegando la aplicación de una norma de derecho interno cuando sus efectos resulten contrarios a las obligaciones que en esa materia específica se han elevado por sobre la soberanía del Estado, como sucedería precisamente en la especie si se aplicase la prescripción penal ordinaria a supuestos que el Estado se ha comprometido a juzgar.

1.9. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de junio de 2015, que ordena volver a procesar a un militar que había sido sobreseído definitivamente por el Juzgado Naval de Valparaíso en el año 1974, Rol 5338-15.[31]

Esta sentencia acoge un recurso de queja interpuesto por el Programa de Continuación de la Ley 19.123 en contra de los integrantes de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ministros Patricio Martínez Sandoval, María del Rosario Lavín Valdés y abogado integrante Leslie Tomasello Hart, por la falta en que incurrieron al dictar la resolución de 15 de abril de 2015, mediante la cual dejaron sin efecto el auto de procesamiento dictado por el Ministro en Visita Extraordinaria Jaime Arancibia Pinto en contra de Leonel Enrique Barahona Tapia, por cuanto los hechos habían sido investigados por el Juzgado Naval en el expediente rol Nº A-567 de 1974, el que estimó que la causa debía ser sobreseída total y definitivamente, por no ser los hechos constitutivos de delito.

A continuación se transcriben algunos párrafos de la sentencia de la Corte Suprema:

Primero: Que en el recurso de queja deducido se explica que con fecha 6 de mayo de 2011, por requerimiento de la Fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago se inició investigación criminal por el delito de homicidio cometido en la persona de Luis Humberto Silva Jara. El 30 de diciembre del mismo año, el Programa de Derechos Humanos, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, interpuso querella criminal por los delitos de secuestro simple y homicidio calificado, cometidos en perjuicio de la misma víctima, **los que constituyen a su vez un <u>crimen</u>**

[31] Pronunciada por la Segunda Sala integrada por los ministros Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y los abogados integrantes Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G.

contra la humanidad. Posteriormente se allegó a esos autos el expediente rol N° A-567 de 1974, del Juzgado Naval, en que se investigó la muerte de Silva Jara y se identificó a los integrantes de la patrulla que le dio muerte, causa que fue "sobreseída total y definitivamente, por no considerar los hechos constitutivos de delito".

Agrega que el 9 de marzo del presente año se dictó auto de procesamiento en contra de Juan Alberto Cromilakis Fernandez, Luis Mauricio Maureira González y Leonel Enrique Barahona Tapia, todos integrantes de dicha patrulla militar, por su participación en los delitos de secuestro y homicidio calificado del ofendido ya referido. Frente a la apelación del encartado Barahona Tapia a su procesamiento, **éste fue revocado por los recurridos aduciendo que la causa se encontraría "sobreseída total y definitivamente por el Consejo de Guerra A-567 de 1974"**.

Precisa que **la falta o abuso de los magistrados consiste en dejar sin efecto el procesamiento** dictado en contra de la patrulla militar que dio muerte a Luis Silva Jara, **tomando como fundamento suficiente para su decisión el dictamen al que arribó el juez Naval de la Primera Zona Naval, que consta en el Consejo de Guerra rol N° A-567 del año 1974**, lo que se encuentra en directa oposición con el texto del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, así como con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República en relación con los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25.1, todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Juzgado Naval que investigó los hechos en el expediente rol N° A-567 de 1974, estimó que la causa debía ser sobreseída total y definitivamente, por no ser los hechos constitutivos de delito.

Agrega que con fecha 9 de marzo de 2015, con los antecedentes recopilados y cumpliéndose los requisitos del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, el Ministro en Visita sometió a proceso a los encartados Cromilakis Fernández, Maureira González y Barahona Tapia, por su participación criminal en dicho crimen. Sin embargo, los recurridos, conociendo de la apelación interpuesta por la defensa de Barahona Tapia, dejaron sin efecto su procesamiento, dando validez y vigencia a lo resuelto "durante la dictadura por un Consejo de Guerra, que se verificó sin las más mínimas garantías de imparcialidad, ordenando al Ministro instructor obrar en consecuencia".

La quejosa, para sostener su pretensión, desarrolla el concepto de cosa juzgada aparente o fraudulenta, y expone la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de esta propia Corte Suprema al respecto.

Al concluir, pide la invalidación de la resolución judicial, dictando en su reemplazo otra que declare que se confirma el auto de procesamiento en contra de Leonel Barahona Tapia, ordenando la prosecución del juicio criminal en su contra conforme a las reglas generales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Tercero: Que cabe consignar que la defensa del procesado Barahona Tapia basó su apelación al auto de procesamiento, como se lee a fs. 461 del legajo correspondiente, en que **el sobreseimiento dictado por el**

<u>Consejo de Guerra</u> de la Primera Zona Naval en la causa Rol N° 567-1975 <u>provocó</u>, al tenor de los artículos 148 del Código de Justicia Militar y 418 y 419 del Código de Procedimiento Penal, "<u>autoridad de cosa juzgada</u> respecto del mismo".

Al pronunciarse sobre dicha impugnación, los jueces cuestionados dictaron la siguiente resolución, con la que se cometería falta o abuso grave en opinión del quejoso: "Teniendo presente que por los mismos hechos en que se hace efectiva la responsabilidad penal de Luis Barahona Tapia, quien se encuentra sometido a proceso, se dicta con fecha 30 de junio de 1975 sobreseimiento total y definitivo, el que dice relación con la muerte de Luis Humberto Silva Jara, como consta a fs. 47 de los autos Rol A-567 del Juzgado Naval de la Primera Zona Naval de Valparaíso tenidos a la vista y por no reunirse en la especie los requisitos establecidos en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la resolución apelada de nueve de marzo de dos mil quince, escrita de fs. 381 a fs. 383 de estos autos, y en su lugar se declara que Luis Barahona Tapia no es procesado en esta causa./ Se reitera al Sr. Ministro Visitador lo instruido a fs. 404, en el sentido de revisar la situación procesal de los autos Rol A-567 del Juzgado Naval de la Primera Zona Naval de Valparaíso tenidos a la vista".

Lo anterior hace menester entonces examinar los efectos del aludido sobreseimiento en la sustanciación del proceso seguido actualmente por la muerte de Luis Silva Jara y, especialmente, **en lo concerniente a la institución de la cosa juzgada**.

Quinto: (...) El Fiscal de Guerra, luego de realizadas las diligencias que estimó atingentes al caso, solicitó el sobreseimiento de los hechos, a lo cual hizo lugar el Jefe Militar de la Zona en Estado de Sitio de la Provincia de Valparaíso, en el Consejo de Guerra Rol N° A-567, como se lee a fs. 47, declarando que, de conformidad con lo previsto en el artículo 74 del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 408 N° 4 del Código de Procedimiento Penal y 10 N° 10 del Código Penal, se sobresee total y definitivamente dicha causa "respecto de la muerte de Luis Humberto Silva, al disparar la Patrulla Militar contra 5 detenidos que trataban de escapar, **por no ser constitutivos de delito alguno ya que los efectivos del ejército <u>actuaron en cumplimiento legítimo de un deber</u>**".

Séptimo: Que, engarzado a lo anterior, y **como ha sido resuelto antes por esta Corte**, de conformidad al artículo 413 del Código de Procedimiento Penal no puede sobreseerse definitivamente los autos cuya investigación para la comprobación del cuerpo del delito y la determinación de los delincuentes no se encuentra agotada y, asimismo, no es permitido sobreseer, sino que esperar la sentencia definitiva, si en el sumario no estuvieren plenamente probadas las circunstancias que eximen de responsabilidad o los hechos de que dependa la extinción de ella (SSCS Rol N° 1134-02 de 4 de noviembre de 2003, Rol N° 2.505-02 de 11 de noviembre de 2003, Rol Nº 4622-02 de 29 de marzo de 2005 y Rol Nº 695-03 de 22 de diciembre de 2005). **También ha dictaminado esta Corte que la institución <u>de la cosa juzgada no tiene cabida en los casos donde no ha existido una intención seria y efectiva de descubrir la verdad de lo sucedido con las víctimas</u>** (SCS Rol N° 22.343-14 de 26 de febrero de

2015).

Pues bien, como se mencionó, la querella de fs. 156 vincula la calificación de crimen de lesa humanidad que da al homicidio de Silva Jara, a las restricciones a los derechos de las personas derivadas de la imposición del Estado de Sitio por la autoridad de la época -querella que al ser admitida por el tribunal importa que los hechos que ella reseña deben ser también materia de la investigación-, criterio que, no está demás mencionar, ha sido compartido por esta Corte recientemente en lo referido a las violaciones de derechos que sean corolarios o perpetradas con ocasión del toque de queda (SCS Rol N° 25.657-14 de 11 de mayo de 2015). Lo anterior pone en evidencia, de manera palmaria, que las circunstancias o elementos de contexto que se aducen en la querella y que permitirían catalogar al homicidio de Silva Jara como delito de lesa humanidad -más allá del estado de avance de la ciencia jurídica a la sazón en la definición de los contornos jurídicos del concepto- no podían ser pesquisados por la judicatura castrense, menos aún en el caso sub lite, donde justamente por el Estado de Sitio vigente operaron los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra, actuando como instructor el Fiscal de Guerra de Valparaíso y como tribunal el "Jefe Militar de la Zona en Estado de Sitio de la Provincia de Valparaíso", el que ordenó la instrucción del sumario a fs. 22 y luego decretó su sobreseimiento a fs. 47.

Huelga explicar que en el marco institucional y jerárquico en que se realizó la indagación y posterior resolución sobre el curso de la investigación en los autos Rol N° A-567, las circunstancias referidas en las querellas de autos en base a las cuales sostienen la calificación de los hechos que denuncian como homicidio "calificado", secuestro, asociación ilícita y, especialmente, el carácter de delito de lesa humanidad de los mismos, ni siquiera fueron tenidas en cuenta por la resolución que ordenó instruir el sumario, excluyéndolas de antemano como posible objeto de las pesquisas que debían llevarse a cabo conforme al artículo 180, inciso 2°, del Código de Justicia Militar -lo que de hecho sucedió como se comprueba de la simple revisión del expediente-, ni por el dictamen que posteriormente decretó el sobreseimiento definitivo de la investigación.

Noveno: Que en vista de todo lo se ha venido razonando**, la resolución de 30 de junio de 1975** dictada a fs. 47 por el Jefe Militar de la Zona en Estado de Sitio de la Provincia de Valparaíso en los autos Rol N° A-567, **no produce efecto de cosa juzgada que obste la investigación, juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos indagados en la causa Rol N° 144.063-2011 por el Ministro en Visita Extraordinaria**.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 3, por los abogados Francisco Ugás Tapia y Rodrigo Lledó Vásquez, del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en contra de los jueces recurridos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por la decisión adoptada en la sentencia de 15 de abril del año en curso (...).

Se previene que el Sr. Matus concurre al acuerdo salvo en cuanto a lo señalado en los párrafos segundo y siguientes del considerando

sexto, respecto a la necesidad de indagar en esta causa la existencia de un ataque a la población civil de carácter sistemático y masivo, exigencias que estima propias de la evolución de los llamados delitos de lesa humanidad consagrada en el **artículo 7.1. del Estatuto de Roma del año 1998, cuya aplicación directa o indirecta al caso sub judice cree no posible según dispone su artículo 24.1, cuya literalidad exige que "nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor". Este magistrado estima, en cambio, que la regulación aplicable a esta causa sería la emanada de las Convenciones de Ginebra de 1949**, las que se encontraban plenamente vigentes al momento de cometerse los hechos investigados, según lo ha resuelto anteriormente esta Corte en la causa Rol No 3125-04, de 13 de marzo de 2007. **Luego, tratándose de hechos cometidos durante el período en que Chile se encontraba en situación de conflicto armado de carácter no internacional** mientras rigió el Estado de Sitio impuesto por la Junta Militar establecida el 11 de septiembre de 1973, previene este juez que en su concepto **bastaría con acreditar ese hecho para considerar las infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como crímenes de guerra bajo el Derecho Internacional, esto es, delitos de lesa humanidad en sentido amplio**, sometidos al mismo régimen jurídico del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, en sentido estricto, ahora contemplados en el citado artículo 7 del Estatuto de Roma.

1.10. Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016 dictada por el ministro en visita extraordinaria, de la Corte de Apelaciones de Concepción, Carlos Aldana Fuentes, por delito de secuestro calificado de Luis Cornejo Fernández, Rol Nº 19.886, desacumulada.

Esta sentencia repite los mismos argumentos conocidos, con algunas variantes.

"**Visto:**

Se ha instruido este proceso **rol 13.886 desacumulada del ingreso del tercer Juzgado de Letras de Los Ángeles**, a fin de investigar los hechos denunciados a fs. 1 y determinar la responsabilidad que en tales le ha correspondido a: **Patricio Gustavo Martínez Moena** y **Juan Patricio Abarzúa Cáceres**.

Son partes, además, en esta causa:

1) La querellante doña Margarita del Carmen Gajardo Reyes (fs. 71)...

2) La Subsecretaría de Interior del Gobierno de Chile, representado por el Programa de Continuación de la ley 19.123, quien interpone querella criminal contra Patricio Martínez Moena y Juan Patricio Abarzúa Cáceres por su participación punible en calidad de **autores del delito de secuestro calificado consumado** en perjuicio de Luis Ángel Cornejo Fernández, así como todos aquellos que resulten responsables.

NOVENO: Que a fs. 1408, el abogado don Hernán Montero Ramírez, al contestar la acusación judicial y la adhesión a la

misma deducida en contra de su representado Martínez Moena, interpuso:

a. Las excepciones de previo y especial pronunciamiento de amnistía en virtud de los dispuesto en el Decreto Ley 2191 de 1978; y prescripción de la acción penal, en virtud a lo señalado en el artículo 93 nº 6 del Código Penal, solicitando el sobreseimiento definitivo de la causa. Indica, además, que no es aplicable la figura tipificada en el auto acusatorio en contra de su representado, pues se le está acusando por un delito específico para los particulares, contando que a la fecha de los hechos, Martínez Moena era militar.

b. Posteriormente las renueva como alegaciones de fondo, al contestar derechamente.

c. Que, en subsidio, solicita la absolución de su representado por no encontrarse probado el delito ni la participación culpable de su representado.

d. Que, para el caso que sea hallado culpable, se le reconozca la atenuante del artículo 11 nº 6 del Código Penal;[32] se le de aplicación al artículo 103 del mismo cuerpo legal, se le conceda alguno de los beneficios de la Ley 18.216 y que para el caso que la pena que se aplique sea privativa de libertad, su cumplimiento se haga mediante el arresto domiciliario.

DÉCIMO: Que, a fs. 1497, el abogado don Carlos Samur Henríquez, por el procesado Juan Patricio Abarzúa Cáceres, contestó la acusación fiscal y la adhesión, solicitando su absolución, ya que, a su entender, no se encuentra probado en autos la existencia del delito de secuestro calificado, ya que según se desprende del testimonio de las personas que declaran haber visto a Cornejo Fernández, se encontraría acreditado que este habría fallecido entre el 18 al 21 de septiembre de 1073 y no se encontraría con vida a esta fecha, por lo que **no existiría el delito de secuestro**. Por otra parte, **tampoco se encuentra acreditada la participación de su representado**.

Como tercer alegato, invoca la **prescripción de la acción penal** por haber transcurrido los plazos establecidos en el artículo 93 nº 6 del Código Penal.

En subsidio, para el caso que sea condenado, se le pide que se le aplique la pena mínima, alegando que se le reconozca las atenuantes del artículo 11 nº 6 del Código Penal; la contemplada en el artículo 103 del mismo Código y se le conceda alguno de los beneficios de la Ley 18.216.

UNDÉCIMO: Que habiendo concedido el traslado respectivo a los querellantes, el abogado del Programa de Continuación de la Ley 19.123 solicitó el rechazo por tratarse de delitos de lesa humanidad que, por su naturaleza y tratamiento, rechazan la aplicación de tales beneficios.

DUODÉCIMO: Que respecto de las alegaciones de la **amnistía** y la **prescripción de la acción penal**, como excepciones de previo y especial pronunciamiento y, en subsidio de fondo, opuestas por

[32] Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

los apoderados de los acusados, en lo pertinente, no serán acogidas, por cuanto, **los tratados internacionales vigentes** que resguardan los derechos humanos esenciales, **prevalecen por sobre las legislaciones nacionales y que tienen rango constitucional, como expresamente lo señala el artículo 5º, inciso segundo** de la Constitución de la República y la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita por Chile.

Los hechos acreditados en esta causa, que fueron cometidos por agentes del Estado —tanto los regulares, como son los pertenecientes a las Fuerzas Armadas; y lo (sic) particulares adscritos irregularmente al Regimiento, pero cumpliendo funciones propias de los militares, en relación con los detenidos políticos—, en contra de personas civiles, constituyen delitos de lesa humanidad, **con prohibición de auto amnistía** para los Estados **y son imprescriptibles, además, conforme a los principios consuetudinarios de derecho internacional, vinculantes para el Estado de Chile**.

En efecto, no existiendo en el proceso antecedente alguno que hubiera justificado ni aún la detención del ofendido, menos la aplicación de torturas tan graves, sin juicio ni defensa previa y más aún, que no se tiene certeza de su destino, razón por la cual se le tiene como desaparecido mientras estaba custodiado por personal del Ejército de Chile, no cabe duda que se está en presencia de un delito de naturaleza especial, distinto del delito común, y se ajusta a lo que se ha considerado como un ataque sistemático o generalizado en contra de bienes jurídicos fundamentales, **como la vida de una población civil**, por razones de carácter político o social, con participación del Poder Político e intervención de Agentes del Estado y en total indefensión tanto física como jurídica, amparados por la fuerza de las armas, lo cual no puede sino llevar a concluir que se trata de un **"delito de lesa humanidad", concepto que, con el transcurso del tiempo, ha dado lugar a normas de derecho consuetudinario, es decir, a principios generales del derecho, con independencia de su consagración en tratados internacionales propios del tema**. Estos delitos configuran conductas lesivas que por su gravedad, se entienden prohibidas pen términos absolutos, configurando normas imperativas o iuscogens y, por supuesto, obligatorias para toda la humanidad, integrando normas del derecho internacional general, inexcusables y vinculantes, que no pueden derogarse sino por una norma de la misma entidad, conductas que además están expresamente prohibidas por tratados internacionales —especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos— ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, **los que tienen rango constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo de la Carta Fundamental**.

Además, la actual jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema es reiterativa en sostener "Que tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley Nº 20.357 del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales hoy es conteste en reconocer la existencia de

cada vez mayores y más complejos escenarios en los que se cometen delitos contra la humanidad y que exceden a los conflictos armados o de guerras declaradas, precisamente, porque tales enfrentamientos ya no son lo que fueron al nacimiento de los conceptos de crimen de guerra y delitos de lesa humanidad, fraguados hacia la década de 1940, en plena segunda guerra mundial y usados en sentido no técnico desde antes, en 1915. Esta evolución, marcada por las innumerables formas que han ido adquiriendo los delitos que atentan contra el ser humano, ha llevado a diversos autores a precisar que los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz, como expresamente se ha reconocido en el artículo 1 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968 y, más tarde, en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda de 1994 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, así como en el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998". Luego se agrega, que "**Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la <u>imprescriptibilidad</u>, la <u>imposibilidad de amnistiarlos</u> y de consagrar <u>excluyentes de responsabilidad</u> que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables** de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos". Considerando séptimo, sentencia de 18 de mayo de 2016, dictada en autos rol 14.283-2016.

DÉCIMO TERCERO: Que tampoco se accederá a la petición de absolución que formulan la defensa de los acusados Martínez Moena y Abarzúa Cáceres, por cuanto, como se expresó en los fundamentos precedentes, **se encuentra acreditado el delito de secuestro calificado** de Luis Angel Ariel Cornejo Fernández, **como su participación en los mismos**, resultando innecesario un mayor análisis al efecto.

DÉCIMO CUARTO: Que, en cuanto a la solicitud de la defensa del sentenciado Martínez Moena, en cuanto señala que **el delito por el cual se le acusa no le es aplicable, por cuanto el sujeto activo necesariamente debe ser un particular**, alegación que no será escuchada, por cuanto el acusado actuó "como particular, esto es, fuera de la esfera de sus atribuciones", o "si el funcionario público abusa de su función de tal, aprovechándose de los medios de que dispone para detener irregularmente a un particular, conociendo el carácter ilícito de dicha detención", como lo dijo la Excma. Corte Suprema en sentencia de 27.10.1995, citado por Politoff, Matus y Ramírez, en su obra "Lecciones de Derecho Penal Chileno, T. II, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, pág. 210.

DÉCIMO SEXTO: Que, **se rechazará la aplicación de la figura de la <u>media prescripción</u> o <u>prescripción gradual</u> de la pena, contemplada por el artículo 103 del Código Penal**, solicitada por las defensas de los acusados, fundado lo anterior en iguales argumentaciones y razonamientos que los expuestos en esta sentencia a propósito de las alegaciones de prescripción de la acción penal. En efecto**, la institución de**

la prescripción, en general, persigue la finalidad de otorgar certeza jurídica y paz social, a los crímenes, simples delitos y faltas reglados por el artículo 94 del Código del ramo, por el sólo transcurso del tiempo, configurando una **causal de extinción de la responsabilidad,** cumpliéndose, además, los restantes requisitos contenidos en las normas que siguen a la antes citada.

No obstante, respecto de un delito de lesa humanidad, por su naturaleza imprescriptible, **fundándose la figura de la media prescripción y/o prescripción gradual** **en idéntico elemento de la esencia**, esto es, en el transcurso de un determinado lapso de tiempo, y habiéndose rechazado la prescripción de la acción penal ejercida en la presente causa, **deberá del mismo modo desestimarse la aplicación de la figura contemplada por el artículo 103, del Código Penal**. De contrario, **resultaría incomprensible que, si el elemento transcurso del tiempo resultara útil y eficaz para la concesión de la figura de la media prescripción o prescripción gradual, no sirva también para declarar la prescripción de la acción penal**. Entonces, en un razonamiento coherente y de respeto de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigente(s) y el derecho humanitario internacional, que obliga a los órganos del Estado a cumplir de buena fe, de manera que, **calificado un delito como de lesa humanidad, resulta imprescriptible tanto la acción penal como la media prescripción, por cuanto ambas tienen el mismo fundamento, cual es el transcurso del tiempo.**

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados en la presente causa y tal como fueron presentados en el fallo que se revisa, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de **crímenes contra la humanidad y que se deben penalizar**, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que **ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular**.

De igual manera, la Excma. Corte Suprema, en la sentencia ya señalada, en su motivo décimo, ha señalado, en lo pertinente, que "por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, **la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial**, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, **dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento** que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que **ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie**".

Cabe agregar que **para el delito de secuestro calificado**, en que parte desde la detención ilegal y su privación de libertad, sin saber sus (sic) destino hasta el día de hoy, **tiene efectos permanentes**, que sigue

> cometiendo en el transcurso del tiempo, **sin tener fecha cierta desde la cual a** (sic) **finalizado el acto ilícito y por tanto, no existe lapso de prescripción del mismo**.
>
> **DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, habiendo sido hallado **responsable** los sentenciados Martínez Moena y Abarzúa Cáceres **de un delito de secuestro calificado**, castigado con pena compuesta de tres grados, divisibles (presidio mayor en cualquiera de su grados), y teniendo presente que les favorece una atenuante, sin perjudicarle agravante, se le aplicará, la sanción en su mínimo, correspondiéndole la sanción de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias correspondientes.

1.11. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*.

Finalmente nos referiremos a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 26 de septiembre de 2006, recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, dada la enorme importancia que nuestros tribunales le atribuyen para apoyar sus sentencias condenatorias.

Los jueces chilenos le atribuyen a las espurias consideraciones de dicha Corte más valor que a las normas que conforman el ordenamiento jurídico chileno, atropellando el principio de supremacía constitucional y el de legalidad, el que tiene la categoría de un derecho humano y que no puede ser pasado a llevar bajo ninguna circunstancia.

Dicha Corte era absolutamente incompetente para conocer del caso, por cuanto los hechos delictivos ocurrieron antes de la entrada en vigor en Chile de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 5 de enero de 1991. De acuerdo con lo declarado por el Gobierno de Chile al promulgarla, los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a **hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990**. No obstante, con soberana inverecundia, la Corte dijo que la sentencia que aplicó la amnistía fue dictada después del mes de enero de 1991, por lo que el caso era de su plena competencia.

Dicha Corte no tenía competencia porque: a) Los hechos ocurrieron antes de la fecha en que Chile ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y b) No tiene facultades para intervenir en asuntos de jurisdicción interna de nuestro país —**menos aún para ordenar reabrir causas ejecutoriadas e interferir en atribuciones soberanas del Estado de Chile**— por cuanto según lo dispuesto en el **artículo 76** de nuestra Constitución Política "**la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley**".

Por tal razón para reconocer el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, y dado que este confiere a dicha Corte jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, fue necesaria una reforma constitucional; lo que no ocurrió en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para fundamentar o justificar sus afirmaciones, que no puede apoyar en el derecho, la precitada sentencia sigue razonamientos que se basan en apreciaciones subjetivas o en opiniones meramente políticas, sin intentar siquiera precisar las normas de derecho que sustenten tal predicamento y que serían aplicables al caso. Por ejemplo la sentencia dice que las amnistías son incompatibles con **la letra y el espíritu** de la Convención, sin indicar cual sería la norma que las prohíbe y en circunstancias que la Convención no limita las facultades del Estado para dictar leyes de amnistía o indultos, ni impide la aplicación de las normas sobre prescripción. Por otra parte, dice que **la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad surge como categoría de norma de *ius cogens* que Chile no puede dejar de cumplir, aunque no haya ratificado los tratados que establecen tal categoría de delitos**.

Con el fin de sustentar la calificación que hace del hecho, la sentencia discurre, en diversos párrafos, **sobre bases absolutamente desligadas del asunto litigioso**. Así, por ejemplo, hace referencia al estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexado al Acuerdo de los Estados vencedores para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra del Estado vencido (1945). En el párrafo 97, dicha sentencia señala: "**Por su parte**, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante "el Tribunal de Nuremberg"), el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres, indicó que **el Estatuto de Nuremberg "es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación**; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacional". **Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes**".

En la precitada sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile por la aplicación de la ley de amnistía. En ella se expresa que el homicidio de Luis Almonacid, ocurrido el 16 de septiembre de 1973, **es un crimen de lesa humanidad** y que por lo tanto no puede ser favorecido con tal institución ni tampoco con la prescripción ni con la cosa juzgada ni con el principio de irretroactividad de la ley penal.

A continuación transcribiremos algunos considerandos de esta sentencia:

Párrafo 95. El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del **Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**, el cual fue anexado al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (el "**Acuerdo de Londres**"). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (**Estatuto de Tokyo**), adoptada el 19 de enero de 1946.

Párrafo 96. La Corte, además, reconoce que la **Estatuto de Nuremberg** jugó un papel significativo en el **establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa**, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, **cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil**.

Párrafo 97. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante "el Tribunal de Nuremberg"), **el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres**, indicó que la Estatuto de Nuremberg "es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacional". **Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional**, que proscribía esos crímenes.

Párrafo 98. La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó "los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal". Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que "formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg". Estos principios fueron adoptados en 1950. Entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad. De igual forma, la Corte resalta que **el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949**, de los cuales Chile es parte desde 1950, **también prohíbe el "homicidio en todas sus formas" de personas que no participan directamente en las hostilidades**.

Párrafo 99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que **en 1973**, año de la muerte del señor Almonacid Arellano**, la comisión de crímenes de lesa humanidad**, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de **ataque generalizado o sistemático**

contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad **es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general**.

Párrafo 112. Este Tribunal ya había señalado en el *Caso Barrios Altos*[33] que

> **son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos** tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Párrafo 114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que **los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna**. Consecuentemente, **los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía**.

Párrafo 115. Ya que **se ha establecido** que el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano **es un crimen de lesa humanidad**, y que los crímenes de lesa humanidad **no pueden ser amnistiados**, corresponde al Tribunal analizar si el Decreto Ley No. 2.191 amnistía ese crimen **y si, de darse ese supuesto, el Estado ha dejado de cumplir su obligación derivada del artículo 2**[34] **de la Convención** por mantener vigente esa normativa.

Párrafo 116. El artículo 1 del **Decreto Ley Nº 2.191** (supra párr. 82.10) **concede una amnistía general** a todos los responsables de “hechos delictuosos” cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Por su parte, el artículo 3 de ese Decreto Ley excluye de la amnistía una serie de delitos. La Corte nota que el crimen de lesa humanidad de asesinato no figura en el listado del artículo 3 del citado Decreto Ley.

---

[33] Cfr. *Caso Barrios Altos,* sentencia de 14 de marzo de 2001.

[34] Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen:
Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.
Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Párrafo 119. **Leyes de amnistía** con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, **por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana** e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, **el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos** que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, **ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos** de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.

Párrafo 120. Por otro lado, si bien la Corte nota que **el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía**, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, "es indiferente para estos efectos". En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a **su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar**.

Párrafo 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "**control de convencionalidad**" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.

Párrafo 145. Como fue detallado en el párrafo 119 de la presente Sentencia, la Corte dispone que, **al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos**; en consecuencia, **el Estado debe:** i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) **asegurar que el Decreto Ley Nº 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.**

Párrafo 151. **El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar** penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. **Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley Nº 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia**, en especial las contenidas en el párrafo 145. **Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in ídem***, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

Párrafo 152. En efecto, **por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible.** Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, **la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad** claramente afirmó que tales ilícitos internacionales **"son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido"**.

Párrafo 153. **Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*),** que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. **Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa**.

Párrafo 154. **En lo que toca al principio *ne bis in idem*,** aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, **no es un derecho absoluto** y, por tanto, **no resulta aplicable cuando**: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. **Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"**[1]. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, **pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.**

Párrafo 171. **PUNTOS RESOLUTIVOS**

Por tanto,

LA CORTE,

DECIDE:

Por unanimidad:
1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado.
DECLARA:
Por unanimidad, que:
2. El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en los términos de los párrafos 86 a 133 de la presente Sentencia.
3. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.
4. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
Y DISPONE:
Por unanimidad, que:
5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.
6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.
7. El Estado deberá efectuar el reintegro de las costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 164 de esta Sentencia.
8. El Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 162 de la presente Sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la misma.
9. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

La sentencia señala que **la amnistía** a los responsables de delitos de lesa humanidad **es incompatible con la letra y con el espíritu de la Convención Americana (sin señalar cuál sería la norma de la Convención que las prohíbe)**. Pero lo más increíble de dicha sentencia es la afirmación que hace en el sentido de que **la resolución chilena que aplicó la amnistía fue dictada después del mes de enero de 1991, por la que es de su plena competencia**; en circunstancias que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece en su artículo 24: "**Entrada en vigor.** 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en el se disponga o que acuerden los Estados negociadores. 3. Cuando cl consentimiento de un Estado en obligarse por un

tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa"; y que **el Gobierno de Chile, al aprobar la Convención** (Decreto 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 5 de enero de 1991) dejó constancia que "**los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990**".

Evidentemente, esta afirmación constituye un desvarío de marca mayor. Un fallo tal, dictado fuera del ámbito de competencia de la Corte, es absolutamente inválido.

Acogiendo esta sentencia espuria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso fue reabierto y el capitán de Carabineros Raúl Neveu Cortesi fue condenado a la pena de cinco años de presidio, en calidad de autor del homicidio de Luis Almonacid Arellano. Posteriormente fueron reabiertas las noventa y tres causas en la que la Ley de Amnistía la había sido aplicada a militares. Los casos muchísimo más numerosos en los que dicha ley le fue aplicada a guerrilleros y terroristas que cometieron gravísimos crímenes han permanecido intocados.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS. OBJECIONES Y COMENTARIOS

Nuestros tribunales de justicia —unipersonales o colegiados— en los considerandos de sus sentencias exponen diversos argumentos falaces con los que tratan de justificar sus atropellos a la Constitución, a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

A continuación objetaremos esos argumentos y comentaremos algunas de las leyes expresas y vigentes que son atropelladas por los sentenciadores en sus fallos.

Pero, antes, debemos formular una advertencia: hay dos principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico en general y del derecho penal en particular que son pasados a llevar[35] en todas las sentencias condenatorias. Ellos son el principio de **supremacía constitucional** y el principio de **legalidad**; principios que deberemos tener permanentemente presentes durante el análisis que haremos a continuación.

---

[35] Estos atropellos son groseros y violentos; entendida la violencia como presión ejercida sobre la voluntad ajena; como el uso de la fuerza —física o moral— para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o imponer algo.

2.1. Estado de Derecho y principio de supremacía constitucional

Uno de los problemas de fondo de todo sistema político es el justo equilibrio que debe haber entre autoridad y libertad; **la armonización de las relaciones de poder con los espacios de libertades personales**, concepto que corresponde a la idea del Estado de Derecho.[36] "El Estado de Derecho, como perspectiva contemporánea de las relaciones entre política y Derecho, debe concebirse como la respuesta a un problema ético general: **la necesidad de someter el poder público al Derecho**".[37]

Nuestra Constitución Política, en sus artículos 6 y 7[38] —ubicados en el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad—, **consagra las normas básicas del**

[36] En pocas palabras, podríamos definir el Estado de Derecho como la estructuración de la vida social en torno a un ordenamiento jurídico, que obliga tanto a gobernantes como a gobernados. Para los militares procesados en causas sobre violación de derechos humanos el Estado de Derecho no existe. Los jueces les aplican torcidamente las leyes y fallan a sabiendas contra normas legales expresas y vigentes. Las sentencias judiciales que condenan a los militares son antijurídicas y han sido dictadas en fraude a la ley. Los tribunales interpretan abusivamente tanto normas del derecho interno como del derecho internacional, eluden normas aplicables que los benefician y les aplican otras no procedentes; tales como la "conciencia jurídica universal", supuestas normas de *ius cogens* o de la costumbre internacional, o tratados internacionales no vigentes en Chile. Las sentencias judiciales que condenan a los veteranos del 73 son inconstitucionales, arbitrarias e ilegales; son meras vías de hecho a las que se trata de vestir con un ropaje de juridicidad, lo que afecta seriamente a la credibilidad de nuestros tribunales y al prestigio de la judicatura y del sistema legal.

Cualesquiera que hubieran sido las circunstancias, incluso los militares culpables de graves delitos políticos —constituidos por hechos reprochables cometidos con motivaciones políticas en un contexto histórico de una enorme convulsión social; los que en una situación normal no habrían ocurrido— tienen derecho a que le sean aplicadas las mismas leyes que le fueron aplicadas a los guerrilleros y terroristas que asesinaron a cientos de militares y personas inocentes y que cometieron otros gravísimos crímenes. Por lo demás, la mayoría de los militares que actualmente están siendo condenados solo cumplían órdenes superiores a las cuales no podían negarse, de acuerdo con el deber de obediencia establecido en los artículos 334 y 335 del Código de Justicia Militar.

[37] SÁNCHEZ Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p.144. Llamamos Estado de Derecho a aquella realidad en la cual gobernantes y gobernados están sujetos al imperio de la ley, de modo que los gobernantes se limiten a actuar en el ámbito de las funciones que le han sido señaladas y los individuos dentro del ámbito de lo que no les ha sido prohibido, de modo que se produzca un armónico equilibrio entre el gobernante con su autoridad y el individuo con su libertad. Estamos en presencia de un Estado de Derecho cuando el poder de los gobernantes está limitado y las libertades de las personas están garantizadas.

[38] Los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental señalan:

"*Art. 6º.* ***Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella****, y garantizar el orden institucional de la República.*

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Art. 7º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Estado de Derecho y el principio de supremacía de la Constitución por sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo.

El **principio de supremacía constitucional** postula que la Constitución Política es la Ley Suprema del Estado y el fundamento del sistema jurídico. **Ella está jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico**. Como establece el artículo 6º de nuestra Carta Fundamental: "**Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella**".

Los tribunales de justicia, como órganos del Estado que son, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lamentablemente ello no ocurre en los procesos sobre violación de derechos humanos, puesto que en el ejercicio de su función judicial **los jueces no someten su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, contraviniendo el ordenamiento jurídico chileno que están obligados a aplicar y respetar**. Desgraciadamente, nuestros tribunales de justicia están marginándose del Estado de Derecho.[39]

Como ha dicho Mario Arnello, el Estado de Derecho hay que resguardarlo, hay que defenderlo; hay que impedir que se erosione. Sin Estado de Derecho no hay derecho humano que valga, en términos prácticos y reales. Los derechos humanos, en su esencia, son parte del Estado de Derecho. El desborde de las violaciones del Estado de Derecho causó la crisis que la civilidad y los políticos produjimos y que culminó en 1973. El Once de Septiembre lo creamos los civiles, no lo inventaron los militares. Ellos actuaron con enorme eficiencia para impedir lo que habría sido una guerra civil desastrosa y con una enorme cantidad de víctimas.[40]

Para los militares no existe el Estado de Derecho, por cuanto —a diferencia de las personas comunes o de los criminales más abyectos— **no les son respetadas las garantías constitucionales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas**. Para ellos la Constitución Política de la República de Chile es la mejor obra de ciencia ficción de todos los tiempos.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

[39] **Lo que produce una deslegitimación constante del Poder Judicial, una institución clave en el Estado de Derecho**. Nunca se habían dado en Chile los atropellos a la verdad y a la ley como los que están teniendo lugar bajo nuestra judicatura actual.

[40] ARNELLO Romo, Mario. Exposición en el seminario "Fuerzas Armadas y Derechos Humanos", Universidad Central, Santiago, 16 de abril de 2009.

Un Estado de Derecho exige que la ley sea justa[41] y que ella se aplique a todos por igual, tanto a gobernantes como a gobernados; tanto a guerrilleros y a terroristas como a los militares que se vieron en la obligación de enfrentarlos a fin de dar tranquilidad a la población civil y evitar la entronización de una dictadura totalitaria marxista.

Los militares también tienen derechos humanos, los que les deben ser respetados. "La justicia debe ser ecuánime, cualquiera sea el asunto, para no negarse a si misma. No se trata solo de justicia para los militares y carabineros, sino que para todos, para cualquiera. Eso es Estado de Derecho".[42]

2.2. <u>Principio de legalidad</u>

El principio de legalidad —que se expresa normalmente en la frase latina ***nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*** y sus exigencias de ***lex previa, lex certa, lex scripta y lex stricta***— es un principio esencial del derecho penal y ha sido adoptado por los convenios y declaraciones más importantes de la humanidad. Es un derecho humano resguardado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro ordenamiento jurídico está recogido en el artículo 18 del Código Penal [43] y en los **incisos 8 y 9 del artículo 19 Nº 3 de nuestra**

---

[41] Tanto la política como la ley —según la definición de ley de Santo Tomás— tienen como fin el bien común. La política, por tener como fin un bien, es una actividad moral. Es la moral la que define los fines de la política. La ley moral fundamental es la ley natural. La política que se propone en conformidad a otros principios, que prescinde de ellos o que pretende ser neutral respecto de la verdad moral, no es auténtica política, sino corrupción de ésta. Es el caso de aquella política que, al no acotarse dentro de ciertos valores morales y en virtud de un pluralismo insensato, concede idénticos derechos al error y a la verdad. Y la verdad no surge del concurso de muchos hombres o de las mayorías, sino que del esfuerzo de las inteligencias. La verdad se halla en el juicio y surge del pensar; esa prerrogativa que nos constituye, a cada uno de nosotros, en imagen y semejanza de Dios.

De acuerdo con lo anterior, una ley justa es aquella que tiene por finalidad el bien común y que respeta la dignidad de la persona humana. Si esto no sucede, estamos ante una ley injusta.

Lamentablemente, según la ideología de la democracia liberal, la ley no es más que la expresión mayoritaria de una voluntad colectiva —como es definida en nuestro Código Civil— que se pone de relieve a través del voto: el hecho de que la mayoría quiera algo es razón suficiente para considerarlo bueno (la voluntad de la mayoría determina no solo lo que es ley, sino lo que es buena ley).

Evidentemente, no por el hecho de que una ley permita que se lleve a cabo una acción mala o injusta, como lo es un aborto directo, tal acción pasa a ser buena o justa.

[42] Pensamiento de doña Clara Szczaranski Cerda, manifestado por ella al autor.

[43] El artículo 18 del Código Penal dice: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se

Constitución Política, que señalan: Inc. 8. ***Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración****, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*. Inc. 9. *"**Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella**"*. Este principio implica la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos; solo se admite la retroactividad para el caso de que la ley penal otorgue un tratamiento más benigno al hecho incriminado.

Este principio forma parte importante de nuestra tradición constitucional y puede encontrarse en nuestros primeros textos de índole constitucional. [44] Al respecto, en el año 1813 Fray Camilo Henríquez declaraba: "La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión. Ninguno puede ser acusado ni preso sino en los casos determinados por la ley, y según el modo y forma que ella prescribe. Todo acto practicado contra un hombre fuera de los casos y formas prescritos por la ley, es arbitrario y tiránico".[45]

El principio de legalidad consiste en aquel mandato por el cual una persona no puede ser sancionada si es que su conducta desaprobada no se encuentra totalmente regulada en la ley. Con esto se busca limitar la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*), pues éste solo podrá aplicar una pena a las conductas que se encuentren definidas como delito al momento de su realización.

Este principio, como lo adelantamos, se expresa normalmente en la frase latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, lo que significa que no hay delito ni pena sin ley previa y de lo cual se derivan otros importantísimos principios del derecho penal, tales como el de reserva de ley, de irretroactividad de la ley penal, de tipicidad y de prohibición de analogía.[46]

---

promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigorosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte".

[44] El Reglamento Constitucional Provisorio, sancionado el 26 de octubre de 1812, en los artículos que se indican establecía: "Art. 17. La facultad judiciaria residirá en los tribunales y jueces ordinarios. Velará el Gobierno sobre el cumplimiento de las leyes y de los deberes de los magistrados, sin perturbar sus funciones. Queda inhibido de todo lo contencioso; Art. 18. Ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley; Art. 19. Nadie será arrestado sin indicios vehementes de delito, o a lo menos sin una semiplena prueba. La causa se hará constar antes de tres días perentorios: dentro de ellos se hará saber al interesado".

[45] De su *Catecismo de los Patriotas*, citado en Simon Collier, *Ideas y políticas de la Independencia chilena. 1808-1833*, Andrés Bello, Santiago, 1977, p.148; citado en Patricio Zapata Larraín, *La casa de todos. La nueva Constitución que Chile merece y necesita*. Ediciones UC, Santiago, 2015, pp.79-80.

[46] **—Reserva de ley (nullum crimen sine lege scripta).** La ley es la única fuente para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas, excluyendo

La única fuente inmediata y directa del derecho penal es la ley. El monopolio del poder punitivo lo tiene el Estado y éste, en cuanto Estado de Derecho, debe prescindir de toda otra fuente que no sea la ley. Solo la ley puede crear delitos y penas.

El principio de legalidad es un principio esencial del derecho penal y tiene una primacía absoluta. **No existe norma alguna, ni de derecho interno ni de derecho internacional, que pueda pasar por encima de él**.

Este principio excluye la posibilidad de aplicar fuentes del derecho que son admitidas en otros dominios del orden jurídico, tales como **la jurisprudencia, la analogía, las opiniones de tratadistas de derecho o las doctrinas de los jurisconsultos, la costumbre o unas supuestas normas de *ius cogens*, los principios generales del derecho o la "conciencia jurídica universal", pues no tienen fuerza de ley**.

El principio de legalidad puede percibirse como una garantía individual para las personas, puesto que ellas solo podrán verse afectadas en sus derechos fundamentales cuando sus conductas se encuentren prohibidas previamente por la ley. **Este principio tiene la naturaleza de un derecho humano garantizado constitucionalmente y por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y es deber de los órganos del Estado respetarlo y promoverlo según lo establece el artículo 5º de nuestra Carta Fundamental**.

Su importancia es tal que no puede suspenderse por motivo alguno, ni siquiera "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" o "en situaciones

---

disposiciones administrativas, la costumbre —derecho consuetudinario—, la jurisprudencia y los principios generales de derecho.

—**Irretroactividad de la ley penal.** Este principio básico del derecho penal es consecuencia directa del principio de legalidad. Los efectos de la ley solo rigen para el futuro y no alcanzan a las acciones ejecutadas antes de su entrada en vigor. Solo se aplica la ley que rige al tiempo de comisión. Este principio implica la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos. Solo se admite la retroactividad para el caso de la ley penal que otorgue un tratamiento más benigno al hecho incriminado, cuando favorece al reo.

—**Tipicidad o taxatividad**. No todo comportamiento lesivo es punible, sino solo el tipificado en la ley penal. Tipo penal es la descripción precisa de la conducta prohibida, acciones u omisiones consideradas delito y a las que se asigna una pena o sanción. La ley debe delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se sanciona. Están prohibidos los preceptos legales indeterminados. Si una conducta humana no se ajusta exactamente al tipo penal vigente, no puede considerarse delito por el juez.

—**Prohibición de analogía**. Está prohibida la aplicación analógica de la ley penal y su interpretación extensiva *in malam partem* o en contra del reo (solo se permite *in bonam partem*). No está permitido que el juez, en un afán de querer incriminar conductas que la ley no contempla, aplique analógicamente sanciones previstas en conductas típicas que se parecen.

excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación", según lo disponen el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente; tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.[47]

El principio de legalidad es manifiestamente atropellado en las numerosas sentencias que condenan a los imputados fundamentadas en la "conciencia jurídica", en supuestas normas de *ius cogens* o en la costumbre internacional, en principios del derecho internacional, en doctrinas de juristas, en tratados internacionales que no estaban vigentes en Chile en la época en que ocurrieron los hechos investigados —tales como el Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional o la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad— o que no son aplicables,[48] o que estando ratificados por Chile, solo dan pautas para que los Estados incorporen en sus respectivas legislaciones penales cierto tipo de delitos.[49]

Hay otros numerosos atropellos cometidos por los jueces al principio de legalidad y a su deber de someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, entre los cuales podríamos mencionar la no

---

[47] El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 27: "*Suspensión de garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...). 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: (...) 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad)*".

Lo mismo y en similares términos está establecido en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto (...). 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos (...) 15*" (que corresponde al principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal más gravosa).

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 15 "Derogación en caso de estado de excepción", establece que ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, podrá derogarse el artículo 7, que se refiere al principio de legalidad.

[48] Como los Convenios de Ginebra, por cuanto no se dieron en Chile los supuestos de un conflicto armado no internacional y respecto de los cuales obligan sus disposiciones.

[49] **Los diversos tratados internacionales de derechos humanos no establecen tipos penales ni su penalidad, sino que solo dan pautas para su debida tipificación**. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por ejemplo, establece en su artículo III: "***Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito*** *la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad*". **Los catálogos de tipos penales contemplados en los diversos convenios internacionales deben, necesariamente —para satisfacer el principio de legalidad—, ser incorporados a las legislaciones internas de los Estados**.

aplicación de la Ley de Amnistía (D.L. 2191 de 1978), de las normas sobre prescripción de la acción penal y de la cosa juzgada, la errada aplicación de los conceptos de autoría, la asignación de responsabilidades penales colectivas, la atribución del carácter de "asociación ilícita" a órganos de las Fuerzas Armadas que tradicionalmente han formado parte de su estructura y otras ingeniosas creaciones judiciales concebidas para torcer o incumplir las leyes y, de ese modo, condenar a los militares sea como sea. A lo anterior cabría agregar que los militares son juzgados por jueces designados *ad hoc* —lo que la Constitución ha prohibido desde siempre—[50] y que están bajo la coordinación de un ministro de la Corte Suprema, lo que atenta contra la independencia e imparcialidad de dichos tribunales unipersonales y vuelve estéril cualquier recurso ante los tribunales superiores de justicia.

Este principio es también gravísimamente atropellado en los procesos seguidos contra los militares **cuando los jueces califican hechos delictivos ocurridos hace cuatro décadas como "<u>delitos de lesa humanidad</u>"** y les atribuyen la calidad de imprescriptibles, como veremos más adelante.

Los jueces, atropellando brutalmente el principio de legalidad y a fin de soslayar las normas relativas a la prescripción de la acción penal, califican como "delitos de lesa humanidad" —dado que tales delitos no prescriben— hechos delictivos cometidos por militares y carabineros con anterioridad a la promulgación de la ley que estableció en Chile tal categoría de delitos.

No obstante, con un increíble descaro, los jueces afirman que ellos actúan conforme a la ley y que respetan el principio fundamental de que no existe delito sin ley previa que lo establezca. Al respecto, cabría citar al presidente de la Corte Suprema Hugo Dolmestch, quien durante un desayuno organizado por ICARE en el centro de eventos CasaPiedra el 18 de marzo de 2016, se atrevió a declarar: "**<u>El principio de legalidad para nosotros es sagrado: no se puede condenar a nadie si no hay ley</u>. Es decir, si no hay delito, no hay nada que hacer**".[51] Pocos días después, el mismo señor Dolmestch se encargó de desmentir lo antedicho sobre

---

[50] La Constitución Política de la República establece, en el inciso 5 del Nº 3 del artículo 19: "**Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare <u>establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho</u>**". Cfr. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del auto acordado Nº 81-2010 contenido en el Acta de Pleno de la Corte Suprema de fecha 1 de junio de 2010, que se refiere a la distribución y asignación de causas por violación de derechos humanos que hayan tenido lugar entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y designa Ministros en Visita Extraordinaria de las Cortes de Apelaciones del país para conocer de dichas causas en sus respectivos territorios jurisdiccionales.

[51] **¡Qué vanas palabras!** A la expresión "**<u>el principio de legalidad para nosotros es sagrado</u>**", debió haber agregado: "**<u>salvo en los procesos penales seguidos contra militares y carabineros</u>**". Cfr. "Dolmestch defiende un 'activismo judicial controlado', pero admite que hay ciertos excesos", diario *El Mercurio*, Santiago, 19 de marzo de 2016.

"el sagrado principio de legalidad".[52]

2.3. Sentencias fundadas en apreciaciones subjetivas

Comentando la sentencia del caso "episodio "Rudy Cárcamo" (*ut supra* 1.1), en relación con diversas apreciaciones subjetivas incluidas en sus considerandos (no acreditadas, sumamente discutibles y que son reiteradas —textualmente— en numerosas sentencias) el destacado profesor Bernardino Bravo Lira[53] ha dicho:

"**Hay jueces del Supremo Tribunal que son capaces de escribir esto**. Son capaces porque se ve que documentación no conocen ninguna. **Estas afirmaciones, en una sentencia, son una fantasía que no vale ni jurídicamente ni históricamente; son simples despropósitos**. Estos jueces, que afirman que las Fuerzas Armadas se alzaron y todo lo demás, no conocen que todo esto está publicado. **La declaración de la propia Corte diciendo que se ha quebrantado la institucionalidad**. No conocen que la situación del régimen chileno en 1973 había llegado a una situación límite. Los políticos llevaron al país a una situación de la cual no pudieron sacarlo, como pasó el año 1924. Sabemos que el presidente del Senado Eduardo Frei Montalva el año 1973, antes que se produjera el pronunciamiento, cuando le fueron a pedir que tomara medidas, dijo: *estas cosas*

---

[52] En efecto, el día 21 de abril de 2016 durante el discurso inaugural del "Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos", organizado por la Universidad Cardenal Raúl Silva Henríquez, se refirió al complejo momento jurisdiccional para investigar en sus inicios las violaciones de derechos humanos tras el pronunciamiento militar de 1973: "Fue esta una lucha jurídica frontal y muy dura, hasta que la jurisprudencia se unificó en torno a este deber y se pudo así aplicar los tratados internacionales y el derecho de gentes que protege desde siempre a la humanidad de las aberraciones cometidas en su contra. **Se hizo fuerte así —ahora sin discusión— la imprescriptibilidad de la acción penal y la calificación de lesa humanidad** para los delitos crueles cometidos en la época, generando por cierto las responsabilidades civiles de los partícipes del ilícito penal, como lo es el Estado. El mismo fundamento ha servido para declarar la no aplicación de la Ley de Amnistía decretada por el propio gobierno militar en el año 1978". "Presidente Dolmestch inaugura congreso internacional de derechos humanos en Universidad Cardenal Silva Henríquez". Noticias del Poder Judicial, 22 de abril de 2016.

[53] Bernardino Bravo Lira es profesor de historia institucional e historia del derecho, especializado en Iberoamérica y Europa Central. Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Chile con estudios de postgrado en la Universidad de Münster, Alemania. Miembro de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía y de la Academia Chilena de Historia y correspondiente de varias otras de países americanos y europeos. Autor de numerosas publicaciones sobre temas de su especialidad. Premio Nacional de Historia 2010. El profesor Bravo Lira es autor de la monumental obra *ANALES DE LA JUDICATURA CHILENA. Ministros y Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia 1609-2010*, 2 vol., Corte Suprema, Santiago de Chile, 2011. Se trata de un estudio único que no existe para otros países. En él trabajó desde 1976 hasta 2011. Abarca los cuatro siglos de la Judicatura Chilena, desde la instalación de la Real Audiencia en 1609 hasta 2011, su composición institucional y la biografía de los casi mil ministros y fiscales de ella. Bernardino Bravo es autor de numerosas obras relacionadas con las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica. En relación con el tema de este artículo, recomendamos la lectura de *El Estado de derecho en la historia de Chile: por la razón o la fuerza*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.

solo se arreglan con fusiles, desgraciadamente. Y después, cuando se produjo el pronunciamiento, declaró a todos los vientos que eso era el ejercicio del legítimo derecho de rebelión. En realidad, el que hizo el golpe de Estado fue el propio Allende y lo hizo el 9 de agosto, cuando llamó a los Comandantes en Jefe al Gobierno y dijo a la prensa y por televisión: *este es mi último gabinete*. **Todo esto a uno lo deja perplejo, que en una sentencia, cuarenta años después, todavía estos señores tengan una visión fantasmagórica de lo que pasó en 1973. ¿En qué país estamos? Y además que la mayoría del tribunal considere necesario meter como antecedente circunstancial este tipo de afirmaciones, que no son historia, son más bien novelística o imaginativa. ¿Será una profunda convicción del tribunal de que esto no se sostiene, que el fallo no se sostiene? y hay que adobarlo con estas opiniones personales de ellos que, en realidad, más que fundamentar el fallo lo debilita**. Ya muestra de partida, en el considerando segundo, que partieron ellos con una declaración que no hace a la resolución del caso y que **revela una ignorancia crasa, supina, vergonzosa**, a los cuarenta años de lo que pasó. **Discuten si el delito de que se acusa es de lesa humanidad. El fundamento que dan es que este es un delito de lesa humanidad o en contra de la humanidad, porque así lo califica la conciencia jurídica universal; o sea que los jueces están disparados,**[54] **lo que ellos encuentran que es la conciencia jurídica universal, eso es lo que ellos aplican**.

Después, el segundo punto que va siguiendo el razonamiento es el famoso punto del secuestro. Esto del secuestro va unido a declarar imprescriptible el delito. La verdad es que la imprescriptibilidad es lo más inhumano que puede existir, porque cualquier responsabilidad que tenga una persona tiene que desaparecer al cabo de un tiempo razonable. **Con el artilugio del secuestro permanente** se inventa que una persona desaparecida está secuestrada **y a una persona la pueden sancionar por un delito que no ha cometido**, porque no puede ser responsable de mantenerlo por diez o veinte años. Todo esto es fantasmagórico.

La discriminación contra los militares, porque **no se puede discriminar contra ningún chileno. Pero contra los militares sí que parece que se puede**. No solo se puede, aquí hay una sentencia en que se considera lo natural digamos. Y además hay también discriminación. La discriminación puede ser positiva o negativa. **La discriminación contra los militares está recomendada por el presidente Aylwin a la Corte Suprema** y la Corte Suprema ni siquiera contestó. Según dice Vial, que es un buen historiador, hasta el propio Aylwin se dio cuenta de que esto era un disparate. Pero, en fin, no hemos encontrado el texto pero muchos lo afirman. Entonces, **hay una discriminación contra los servidores de la patria y hay otra discriminación en favor de los terroristas, las dos hechas por el mismo Aylwin**. Es una maravilla Aylwin. Es tanto que en la historia de Chile no se había visto algo semejante. **Entonces resulta que los terroristas, su**

[54] Como sinónimo de embravecido, enloquecido, delirante, trastornado, agitado, desbocado.

último acto fue indultar a los terroristas; o sea los terroristas no pueden ser acusados, encausados ni castigados. Y en los primeros actos de su gobierno fue trabajar por la imprescriptibilidad de los delitos que se le imputan a los militares. Entonces, los militares están siempre obligados a contestar cualquier acusación o denuncia que se haga, en cambio los otros no; **como eran terroristas, esto no tiene ninguna importancia**. Los servidores de la patria esos sí, que después que han cumplido sus funciones tienen que responder cualquier denuncia o ser llevados a los tribunales.

Ahora, mi segunda consideración es la siguiente: ¿Por qué o cómo es posible que en Chile no se haya dictado una Ley de Amnistía **y si hay una Ley de Amnistía la perforan por todos lados para que no se aplique**? O sea, ¿por qué no se quiere amnistía en Chile? Bueno, yo como historiador no puedo dar una respuesta terminante, pero sí puedo mencionar un hecho que no he visto mencionado. En Chile hay desde 1990 un empate. Esta característica de empate es la de los últimos cuarenta años. O sea hay que tenerlo en cuenta. No voy a detallar las elecciones. Y eso efectivamente es un factor. Ahora, **dentro de lo que habría que examinar** —yo no lo he examinado— **es hasta qué punto los jueces juegan también al empate, favoreciendo al gobierno, para que no pierda su mayoría, ya que es el gobierno el que normalmente nombra a los jueces, a lo largo de la carrera. Hasta qué punto eso influye, en que la judicatura esté también condicionada o haga esas declaraciones fantásticas que hemos visto**”.[55]

2.4. Principio de igualdad ante la ley

El principio de igualdad ante la ley[56] señala que las personas tienen derecho a un trato justo y equitativo; que el trato al momento de sancionar un delito sea igual para todas, sin hacer ningún tipo de diferenciación.[57]

---

[55] Discurso pronunciado por Bernardino Bravo Lira durante el acto de lanzamiento de la segunda edición del libro de Adolfo PAÚL Latorre titulado *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, efectuado en el Gran Salón de la sede del Congreso Nacional en Santiago de Chile, el día 5 de marzo de 2014. Este discurso está incorporado en la tercera edición de la obra precitada.

[56] El principio de igualdad ante la ley encuentra expresa consagración constitucional:
Artículo 1º. *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.
Artículo 19 Nº 2. *“La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley (...). Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

La Constitución, por otra parte, en su artículo 19 Nº 3 incisos 1 y 2 establece el *principio de igualdad ante la justicia o en la aplicación de la ley*, en los siguientes términos: *“La Constitución asegura a todas las personas: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale (...)”.* Todo ello inserto en un proceso previo racional y justo, donde el imputado tiene derecho a ser escuchado por quien dicte la sentencia y donde si existe una duda razonable acerca de su culpabilidad no deberá ser condenado.

[57] El trato debe ser igual para todos, para poderosos y débiles; para terroristas y guerrilleros y para los militares y carabineros que debieron enfrentarlos. Lamentablemente en Chile se les otorgan indultos y beneficios a los primeros y se les aplica el “derecho penal del enemigo” a los segundos.

Este principio, uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho, es vulnerado en grado sumo cuando se trata de procesar a los militares; tanto en lo que dice relación con la aplicación e interpretación de las leyes, como en materia de apreciación y valoración de la prueba. A ellos no les son aplicadas las leyes o tratados internacionales que los benefician, pero que sí les son aplicados a los subversivos armados, guerrilleros y terroristas; por el contrario, les aplican leyes o tratados internacionales que no estaban vigentes en la época en que fueron cometidos los supuestos delitos; y a los que están condenados cumpliendo penas de presidio, no les son concedidos los mismos beneficios penitenciarios que a los demás chilenos.

Hay una perfecta asimetría al abordar los atropellos a los derechos humanos cometidos durante el régimen militar. La Ley de Amnistía (D.L. 2191 de 1978), los indultos y los beneficios solo han sido aplicados a los subversivos que cometieron cientos de asesinatos y otros gravísimos crímenes, pero no a los militares que cometieron abusos, excesos o delitos en su penosa e ingrata tarea de reprimir la acción de aquellos, vulnerándose así la igualdad ante la ley y el Estado de Derecho, que exige que a todas las personas les sean aplicadas las mismas leyes, garantías y derechos.

En relación con esta materia cabe señalar que todas las personas del sector político partidario del proyecto político de la Unidad Popular, que cometieron gravísimos crímenes —incluyendo asesinatos, secuestros, atentados con explosivos, destrucción de instalaciones y otros actos de carácter terrorista— fueron liberadas de responsabilidad penal; ya sea por aplicación del D.L. 2191 de 1978 sobre amnistía, por leyes de indultos generales o por indultos particulares.[58] En cambio, aquellos militares y carabineros que en su penosa y riesgosa tarea de reprimir la acción de los querrilleros y terroristas que llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva y que también observaron una conducta reprochable no han sido beneficiados por tales normas.

El doble estándar en esta materia es repugnante: cuando los terroristas estaban en la cárcel se alegó su condición de presos políticos y se obtuvo para

[58] En virtud de la facultad presidencial de otorgar indultos, durante el período 1990-1994 fueron otorgados 228 indultos a condenados por delitos terroristas, entre ellos a los que asesinaron a los cinco escoltas del presidente Pinochet y a asesinos de numerosos carabineros y militares, entre ellos los que dieron muerte al general Carol Urzúa y sus dos escoltas, al coronel de carabineros Luis Fontaine, al teniente coronel de Ejército Roger Vergara. etc. Durante el período 2000-2006 fueron indultados 54 condenados por delitos terroristas. Solo un militar ha recibido este beneficio, el suboficial Manuel Contreras Donaire (otorgado por el presidente Ricardo Lagos). CASTILLO Vicencio, Arturo (editor periodístico). *La verdad olvidada del terrorismo en Chile (1968-1996).* Maye, Santiago, 2007, pp. 179-183.

ellos toda clase de clemencia; ahora que los militares están presos se dice que son "violadores de derechos humanos" y no merecen beneficio alguno.

Las causas en las que la Ley de Amnistía de 1978 le fue aplicada a militares y carabineros fueron reabiertas, pero no aquellas en las que los beneficiados fueron guerrilleros y terroristas;[59] vulnerando groseramente la cosa juzgada y la igualdad ante la ley.

A los militares, a diferencia de los demás habitantes del territorio de la República —a quienes se les aplica el nuevo sistema procesal penal acusatorio— se les aplica el antiguo sistema de procedimiento penal inquisitivo; un sistema que le veda a los imputados el derecho a una adecuada defensa, a un juicio justo y a ser juzgados por un tribunal imparcial; lo que vulnera sus derechos humanos a la igualdad ante la ley y a un debido proceso, razón por la que es manifiestamente inconstitucional.

También cabe mencionar la discriminación arbitraria que se produce con el otorgamiento de beneficios penitenciarios establecidos legalmente que, con diversos pretextos, no les son concedidos a los militares. Asimismo podríamos citar el hecho de que el 3 de mayo de 2013 fueron beneficiados 420 reos con la libertad condicional, pero ningún militar o carabinero se vio favorecido con ella; ni siquiera aquellos gravemente enfermos o a quienes le faltaban escasos meses para cumplir la totalidad de la condena.[60]

A los militares que están cumpliendo penas de presidio no les son concedidos los mismos beneficios penitenciarios que a los demás chilenos, aun cuando hayan cumplido con los requisitos legales o reglamentarios para acceder a ellos, mediante diversas trabas de carácter administrativo y razones espurias o pretextos sustentados con mala fe, tales como el de no querer reconocer el delito por el que fueron condenados. Respecto a esto último, cabría señalar que el 22 de febrero de 2016 fue dictado el decreto 924 del ministerio de Justicia, que estableció requisitos adicionales para concederle beneficios penitenciarios a estos prisioneros, consistentes en el arrepentimiento por los hechos cometidos y en la exigencia de aportar antecedentes en las causas de derechos humanos.

---

[59] "Las personas beneficiadas por la Ley de Amnistía de 1978, según antecedentes de la Comisión Asesora del Gobierno Militar en materia de Derechos Humanos, integrada por personalidades independientes, benefició a 578 miembros de las Fuerzas Armadas y a 1.475 ex miembros o simpatizantes de la Unidad Popular, tanto de colectividades políticas como de movimientos paramilitares. No puede otorgársele, por ende, el carácter de una ley selectiva e injusta". CORREA Bascuñán, Mario. *Chile, las tres últimas décadas. Una visión olvidada, 1970-1990*. Geniart, Santiago, 1996, p.211.

[60] "420 reos recibieron la libertad condicional". Diario *El Mercurio*, Santiago, 4 de mayo de 2013.

A los militares no se les aplican las normas relativas a la prescripción de la acción penal, las que sí les son aplicadas a los guerrilleros y terroristas, mediante el subterfugio de calificar los supuestos delitos cometidos por aquellos como "de lesa humanidad, imprescriptibles"; en circunstancias que la ley 20.357 que tipificó en Chile tal categoría de delitos entró en vigor el 18 de julio de 2009 y no puede ser aplicada retroactivamente. Con ello se vulnera no solo el principio de igualdad, sino también el de irretroactividad de la ley penal.

Por otra parte, han sido dictadas diversas leyes que conceden beneficios a subversivos condenados por delitos terroristas, pero ninguna que beneficie a los militares. Una manifestación de esta falta de igualdad es la ley 19.965 del año 2004, que estableció que los condenados cumplirán una pena única de diez años de presidio por la totalidad de los delitos cometidos, procediendo un indulto en cuanto al saldo.[61] Así, se da el caso de un terrorista que cumplía presidio perpetuo por haber asesinado a tres policías —aparte de otras seis condenas por ilícitos subversivos— y que actualmente goza de libertad condicional.[62] Sin embargo, un proyecto de ley equivalente presentado a favor de los militares, fue rechazado.

Finalmente, cabría mencionar un proyecto de reforma constitucional, actualmente en tramitación en el Congreso, que agrega en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el siguiente inciso final:

> "*Son imprescriptibles e inamnistiables los crímenes y delitos de guerra, lesa humanidad y genocidio, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Asimismo, no se podrá conceder indulto o cualquier otro beneficio alternativo, penitenciario o de cualquier naturaleza, que importe reducción o sustitución de las condenas privativas de libertad que se puedan imponer a los autores de estos crímenes y delitos*".[63]

Este proyecto no solo vulnera groseramente el principio de irretroactividad de la ley penal —*cualquiera sea la fecha en que se hayan*

[61] Ley 19.965, del 25 de agosto de 2004. Al plantearse iniciativas como esta, es natural pensar que donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición, y si no fuera así, al menos debería prevalecer el mismo espíritu en orden a que la pacificación que se busca conseguir humanitariamente, debería también alcanzar a otros autores de hechos ilícitos, cualquiera sea su naturaleza. Lamentablemente, cuando se propuso una ley equivalente para los militares y carabineros fue rechazada.

[62] "Ataque a escoltas del ex intendente Luis Pareto. Condenado por crimen de tres policías sale en libertad. Ex lautarista cumplía presidio perpetuo y suma otros seis ilícitos". Diario *El Mercurio*, Santiago, 5 de junio de 2013.

[63] Proyecto ingresado al Congreso Nacional mediante un mensaje de la Presidente de la República con fecha 10 de diciembre de 2014 (boletín 9748-07). En relación con esta materia, ver el Anexo al presente documento "Proyecto de reforma constitucional que prohíbe el perdón entre hermanos".

cometido— sino que **prohíbe el perdón entre hermanos**, **es cruel e inhumano**[64] **y atenta contra los principios cristianos del perdón**[65] **y de la misericordia**. Con este proyecto se pretende profundizar y **darle un estatuto legal al odio y a la venganza**, al eslogan "**ni perdón ni olvido**", y a lo que se ha venido haciendo sin necesidad de ley: a los militares condenados por supuestos delitos de derechos humanos no se les conceden los beneficios penitenciarios que les corresponden ni tampoco indultos. Al respecto, el presidente Piñera manifestó: "no habrá indultos para casos de derechos humanos"[66] y su ministro de Justicia Felipe Bulnes: "**ni aunque esté moribunda una persona condenada por crímenes contra los derechos humanos podrá ser indultada**".[67]

Al respecto, cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el número 6 de su artículo 4, establece: "Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos". En el mismo sentido discurre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el número 4 de su artículo 6. Es decir, todos los delitos, incluso los más graves sancionados con pena de muerte, pueden ser amnistiados, indultados o conmutada la pena por otra más benigna. **Estos tratados expresan claramente que la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena "podrán ser concedidos en todos los casos"**. Son tan claras y terminantes estas normas que no requieren ningún esfuerzo interpretativo. Evidentemente, si una persona sentenciada con la pena máxima tiene derecho a solicitar tales beneficios, mayor derecho tienen las personas con sentencias más benignas.

---

[64] **Mantener en la cárcel a personas que no están conscientes como para entender que están cumpliendo una pena o que están sufriendo dolorosas enfermedades terminales, es absolutamente inhumano y es una regresión a la barbarie. El único motivo para mantener presos a esos condenados incapacitados es el odio y el afán de venganza, y el dar una potente señal a los militares actualmente en servicio activo y a las futuras generaciones para que nunca más vuelvan a intervenir en política**, y así salvar a la nación, si volviesen a repetirse situaciones como la ocurrida en el año 1973. «Con tal fin se usa la teoría que solo los agentes del Estado violan los derechos humanos, lo que justificaría un trato diferenciado. La izquierda se moviliza siempre para asegurar las garantías del debido proceso y las razones humanitarias cuando se trata de delincuentes, pero no hay "ni perdón ni olvido" cuando el caso involucra a agentes del Estado, pero siempre que se identifiquen con la "derecha". Porque bien pudieron dar asilo a Erich Hönecker, que era el primer agente del Estado de Alemania Oriental. En simple: ¿Qué diferencia humanitaria hace que un anciano incapacitado haya sido o no agente del Estado?». Axel Buchheister, "Fin al doble estándar", diario *La Tercera*, 19 de junio de 2016.

[65] Jesús advierte severamente que quien no esté dispuesto a perdonar, no puede tampoco esperar para sí el perdón de Dios (Mt. 18, 21-14). El acto de concesión de un indulto o de una amnistía es un acto político cuya decisión está condicionada moralmente por la virtud de la prudencia.

[66] MENA Salinas, Odlanier, *Al encuentro de la verdad*, Maye, Santiago, 2013, p.192.

[67] Diario *La Segunda*, Santiago, 27 de julio de 2010.

2.5. Debido proceso

El debido proceso es un principio según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle la oportunidad de ser oído y de hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Esta garantía está consagrada en diversos tratados internacionales[68] y en el artículo 19 Nº 3 de nuestra Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; el derecho a la defensa jurídica; la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales o por tribunales establecidos con posterioridad a la perpetración del hecho; que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado; la no presunción de derecho de la responsabilidad penal; y la exigencia de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Entre los requisitos que debe reunir el debido proceso podríamos mencionar los siguientes: toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, en condiciones de plena igualdad y con justicia, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley con anterioridad al hecho del proceso y prohibición de comisiones especiales; presunción de inocencia; respeto de los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal; de favorabilidad, pro reo; *non bis in idem* y otros; permitir al imputado la oportunidad de una adecuada defensa; no presunción de derecho de la responsabilidad penal; examen y objeción de la prueba rendida; existencia de recursos procesales; debida fundamentación de las sentencias, etc.

Son innumerables los atropellos a las normas del debido proceso en las causas de derechos humanos. En muchos casos los inculpados son sometidos a proceso sin fundamentos consistentes; a veces solo por las declaraciones de los querellantes o de testigos presentados por éstos, sin estar acreditada por otros medios su relación con los hechos. En otros, se califica equivocadamente el delito. La mayoría de estos procesos no son ni racionales ni justos y culminan en sentencias absurdas e inicuas, que condenan sobre la base de ficciones o de presunciones, sin considerar las declaraciones de testigos o antecedentes que favorecen a los inculpados. Los jueces condenan a personas inocentes o a quienes no se les ha probado razonablemente su culpabilidad. Muchas sentencias condenatorias desafían al sentido común y a la juridicidad más elemental.

---

[68] Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 7 al 11), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (art. 8).

Entre las tantas manifestaciones de la vulneración del debido proceso, o de "un racional y justo procedimiento", podríamos incluir las condenas por meras presunciones —lo que no está permitido en el nuevo sistema procesal penal acusatorio— o por "ficciones jurídicas" o fundadas en hechos que no han sido suficientemente acreditados. Son innumerables los casos en los que personas son condenadas sin que los antecedentes aportados al proceso permitan adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Son numerosos los atropellos y el incumplimiento por parte de los jueces a normas procesales dictadas conforme a la Constitución, tales como las relativas a la prescripción de la acción penal, a la cosa juzgada, al principio *non bis in idem*, a la competencia y radicación, a la acumulación de autos, a la unificación de las penas, al cumplimiento simultáneo de las condenas, al juez natural, al principio de favorabilidad o pro reo, a la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a las normas sobre extinción y sobre circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal, al principio de racionalidad, a la debida fundamentación de las sentencias, o al artículo 103 del Código Penal; un precepto legal de carácter imperativo que, sin embargo, es pasado a llevar en numerosas sentencias.

La mayoría de los condenados en los procesos de derechos humanos lo han sido en juicios inicuos, plagados de irregularidades, sin fundamentos jurídicos válidos, en los que no se respetan las normas más elementales del debido proceso y los principios básicos del derecho penal universal: la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley penal más gravosa, el principio de favorabilidad, la cosa juzgada, etc.

A mayor abundamiento podríamos agregar que en todo proceso deben estar presentes la racionalidad, el buen criterio y el sentido común; los que deben iluminar la convicción del tribunal y que, en la mayoría de los juicios de derechos humanos, han estado completamente ausentes.

Finalmente cabría hacer presente que **todos los militares condenados lo han sido en juicios en los que no les ha sido respetado su derecho humano a un debido proceso**, por cuanto a todos ellos les ha sido aplicado el antiguo sistema de procedimiento penal inquisitivo; un sistema que le veda a los imputados el derecho a una adecuada defensa, a un juicio justo y a ser juzgados por un tribunal imparcial. A los militares se les atropella la garantía constitucional de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

En un Estado civilizado y respetuoso de los derechos humanos **bastaría acreditar la no aplicación de las normas del debido proceso para que la sentencia condenatoria recaída en un determinado juicio sea declarada nula**.

2.6. Amnistía

Uno de los peores atropellos de los tribunales de justicia a la juridicidad y al Estado de Derecho es la no aplicación a los militares de la Ley de Amnistía (D.L. 2191 de 1978), una norma legal expresa y vigente. Si bien durante los primeros años de vigencia dicha ley le fue aplicada tanto a los terroristas como a los militares, posteriormente no les fue aplicada a estos últimos; inicialmente sobre la base de la ficción del "secuestro permanente" y, posteriormente, mediante la argucia de calificar los delitos como "de lesa humanidad" y de atribuirles el carácter de inamnistiables —lo que no está establecido ni en ley ni en tratado internacional alguno— vulnerando brutalmente el principio de legalidad. Para colmo de iniquidad, durante los últimos años fueron reabiertas las noventa y tres causas con sentencia de término en las que la Ley de Amnistía le había sido aplicada a militares; no así los muchísimo más numerosos casos en los que dicha ley benefició a subversivos armados, guerrilleros y terroristas que cometieron asesinatos y otros gravísimos crímenes, atropellando salvajemente la garantía constitucional de igualdad ante la ley y la autoridad de cosa juzgada, lo que constituye una atrocidad legal y procesal. Lo anterior obedece a una persecución política en sede judicial contra los militares, que no es justicia sino venganza.

El origen de la palabra amnistía se encuentra en el latín *amnesis*, esto es, *olvido*. La etimología subraya acertadamente la amplitud de los efectos de la causal que no sólo extingue por completo la pena y todos sus efectos y la acción penal que nace del delito, sino que *borra el delito*: hace desaparecer el delito y sus consecuencias.[69]

La amnistía es un derecho de gracia, constituido por la facultad que se reconoce a autoridades no judiciales para extinguir una responsabilidad penal; es impersonal u objetiva, porque se otorga en consideración al delito, no a los individuos. El indulto, por el contrario, es subjetivo, por cuanto se concede en atención a las condiciones personales del beneficiado.

La amnistía tiene un fundamento sociopolítico: facilitar la pacificación de una comunidad cuya vida hubiese atravesado un período de grave turbulencia política y social; ella sirve, especialmente, como medida de apaciguamiento político. Por medio de su ejercicio se busca el olvido del hecho punible y la restitución de la normalidad alterada por actos de carácter político.

---

[69] Así pues, quien ha sido beneficiado por una amnistía se halla en la misma situación que el que no ha delinquido. La amnistía puede ser otorgada en cualquier momento, incluso una vez cumplida la pena. Dictada una ley de amnistía, se sobreseen definitivamente los procesos pendientes.

En Chile se han dictado muchísimas leyes de amnistía y todas han sido de carácter político, de aplicación general; con excepción de algunas que han amnistiado delitos comunes y restringido su aplicación.[70]

Se distinguen dos clases de amnistía, según la oportunidad de su aplicación: *propia* e *impropia*. Su diferencia reside en el momento procesal en el que deben decretarse: antes o una vez terminada la investigación y determinados los responsables del delito. La propia tiene lugar antes de que se pronuncie sentencia firme y es causa de extinción de la acción penal; la impropia interviene pasada esa fase y extingue la pena.

No obstante, aunque la Constitución no la contempla en forma expresa y la ley no reglamenta sus efectos, nuestra doctrina y nuestra práctica legislativa reconocen como compatible con la Constitución una amnistía que se otorgue antes de que recaiga sentencia firme en un proceso, e incluso antes de que se inicie una investigación judicial. La diferencia entre ambas clases de amnistía es importante, porque su naturaleza y sus efectos son diversos. La amnistía después de la condena beneficia directa y precisamente a personas determinadas: la ley declara extinguida su responsabilidad penal y las demás consecuencias jurídicas derivadas de la *pena*. Eso otorga un derecho personal y específico al condenado. La amnistía antes de la condena, en cambio, tiene un carácter eminentemente *procesal*: no es sino la renuncia del Estado a perseguir y sancionar determinados delitos.[71]

---

[70] Durante los primeros quince años de vigencia de la Ley de Amnistía los tribunales de justicia la aplicaron en su recto sentido. Al respecto la Corte Suprema, el 11 de agosto de 1989, señaló: "*Publicado el D.L. Nº 2.191 de 1978, sobre esta materia, obligó al juez, tribunal de derecho a obligarla y acatarla. De no hacerlo, pronunciaría una sentencia contra texto de ley expresa y vigente*, por lo cual al sobreseer definitivamente la causa, se limitaron a dar cumplimiento a los preceptos de los Arts. 408, Nº 5 del C. de Procedimiento Penal y 93, Nº 3 del Código Penal". Posteriormente, el Pleno de la Corte Suprema, el 24 de agosto de 1990 dijo: "La amnistía que concede el D.L. Nº 2.191 no es personal ni particular, sino esencialmente general e igual, en relación con los hechos punibles en que hubieren incurrido sus autores, cómplices o encubridores durante el período del Estado de Sitio habido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1978, salvo las limitaciones allí referidas. Los efectos de la amnistía como causal definitiva de extinción de la responsabilidad penal se producen y dicen relación directa con la investigación o el proceso penal en que inciden los ilícitos comprendidos en la ley de perdón, ya sea impidiéndola, paralizándola o poniéndole término, de acuerdo a los Arts. 107 y 408 Nº 5 del Código de Procedimiento Penal". En otra sentencia, del 19 de septiembre de 1993, el mismo Alto Tribunal expresó: "De conformidad con los Arts. 6º y 7º de la Constitución Política de la República, *Chile es un Estado de derecho* y tal característica se expresa entre otras conductas clásicas en el *imperio de la ley*. Conculcar su autoridad es abrir camino a la violación de los derechos, de donde *el mandato de la ley de amnistía, D.L. Nº 2.191, no puede quebrantarse sin afectar el orden constitucional y la legalidad ínsita en él, que emana de su esencia*".

[71] Nuestra Constitución Política establece que la amnistía es materia de ley, el quórum requerido para concederla y señala que solo puede tener origen en el Senado. También se refiere a ella nuestro Código Penal, como una de las causales de extinción de la responsabilidad penal. El concepto de *amnistía propia* parece ser el más ajustado al sentido genuino de la amnistía. Si la amnistía olvida o borra el delito, no hay delito que imputar y, por lo tanto, no tiene sentido llevar

La institución de la amnistía ha sido aplicada profusamente a lo largo de la historia, terminada una circunstancia extraordinaria que ha alterado el orden social, para superar las rupturas del orden institucional. Es conveniente para la paz interna de una nación afectada que se promueva la reconciliación, por lo que es de bien común olvidar lo ocurrido. En todos los procesos de paz en el mundo, sin excepción, ha habido amnistías para todos los miembros de los grupos armados. La prudencia recomienda dictar las más amplias amnistías una vez superado el período de anormalidad.

Por tales razones en el año 1978 fue promulgado el Decreto Ley 2191, que concedió amnistía a todos quienes en calidad de autores, cómplices o encubridores hubieran incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 (fue publicado en el *Diario Oficial* el 19 de abril de 1978).

La medida no era antojadiza y buscó borrar los efectos penales tanto de los delitos cometidos por quienes habían preparado fría y sistemáticamente la guerra civil, como de los eventuales excesos en que hubieren incurrido quienes tuvieron la misión de conjurarla. La terrible división que había separado al país en campos irreconciliables desde la segunda mitad de la década de los sesenta, hasta culminar en la virtual guerra civil de 1973, constituía una herida que distaba mucho de cerrar. El pronunciamiento militar, la posterior lucha contra los focos de subversión y terrorismo, y las bajas ocurridas en ambos bandos, la habían enconado aún más en algunas áreas. El enfrentamiento, que había durado una década entera, no había llegado a agotarse en una guerra civil declarada y subsistía soterradamente.

El referido D.L. 2191 —iniciativa que incluía el perdón para casos que las Fuerzas Armadas estimaban imperdonables— fue apoyada por el cardenal Raúl Silva Henríquez, pues lo veía "como un gesto de reconciliación que iba a beneficiar a uno y otro lado", como una forma de contribuir al término del clima de enfrentamiento y "pensando que de esa forma podría lograrse el entendimiento entre los chilenos". El Cardenal no solo era partidario del perdón "para que la población de Chile, tan dividida, pudiera encaminarse hacia una convivencia democrática y pacífica", sino que estaba convencido de que "la mejor forma de asegurar la futura democracia es abandonar toda clase de venganza contra los militares" y que "es torpe, aunque humano, exigir justicia y venganza tras el término del régimen militar, porque eso nos conduciría a una espiral de violencia. Los militares chilenos no querían entrar en el gobierno, pero los chilenos en su mayoría les exigimos y les impulsamos a esta tarea. Contribuyó también la torpeza

---

adelante un juicio y poner en movimiento el sistema judicial para tramitar un largo proceso en busca de los responsables de él.

de socialistas y comunistas, que intentaban instaurar la dictadura del proletariado".[72]

El comportamiento de los tribunales durante los treinta y nueve años de vigencia del D.L. 2191 ha tenido una notoria variación: desde la aplicación inmediata de la amnistía bastando la comprobación de que los hechos habrían ocurrido en el período cubierto por ella (amnistía propia); pasando por su aplicación solo una vez identificados los responsables y agotada la investigación (amnistía impropia); hasta su no aplicación, casos en los que han sido dictadas sentencias condenatorias y con cumplimiento efectivo de las penas asignadas.

Tal evolución no es jurídicamente aséptica, pues está influida por las señales que el gobierno le envía a los jueces y por la posición política e ideológica de éstos; lo que resta certeza a la aplicación del derecho, afecta a la seguridad jurídica y atenta contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley.[73]

Clara Szczaranski señala que la amnistía vigente en Chile es la impropia.

---

[72] MÁRQUEZ DE LA PLATA Yrarrázaval, Alfonso, *Cinco presidentes y el poder*, Maye, Santiago, 2006, p. 106.

[73] Normalmente los gobiernos tratan de influir en las decisiones judiciales que tienen trascendencia política. Sin embargo, el presidente Aylwin se entrometió desembozadamente en el Poder Judicial, al enviarle el 4 de marzo de 1991 un oficio a la Corte Suprema en el que le indicaba cual debía ser la interpretación que debería dársele a la ley de amnistía al expresar que "en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades, especialmente en los casos de personas desaparecidas"; interpretación que corresponde al concepto de amnistía impropia.

Aparentemente, la intención del legislador era la de decretar el olvido de los delitos; es decir, dictar una amnistía propia. Por eso tituló el D.L. 2191 "Concede amnistía a las personas que indica *por los delitos* que señala". Sin embargo, a pesar de lo enunciado en el título, la ley no señaló los delitos que amnistiaba, sino que indicó en su artículo 3º los delitos que no quedaban comprendidos en la amnistía. En todo caso, resulta evidente que los delitos amnistiados son todos aquellos no mencionados específicamente en el referido artículo 3º.

Sin embargo, **la forma en que está redactado el artículo 1º del D.L. 2191** —"*Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978*"— **da a entender que lo que se amnistía son personas y no delitos**, lo que constituye uno de los fundamentos de quienes postulan que el D.L. 2191 estableció una amnistía impropia.

No ocurre lo mismo con otras leyes de amnistía, en las que se señala expresamente que lo que se amnistía son delitos. Por ejemplo, la ley 89, publicada el 28 de agosto de 1893 —correspondiente a la tercera de las leyes de amnistía dictadas por el presidente Jorge Montt—, dice: "*ARTÍCULO ÚNICO. Se concede amnistía para los delitos políticos cometidos desde el 1º de Enero hasta el 28 de Agosto de 1891 i que no hubieren sido comprendidos en las leyes de 25 de Diciembre de 1891 i 4 de Febrero de 1893*".

En relación con esta materia, cabría destacar que las otras tres leyes de amnistía dictadas por el presidente Jorge Montt están redactadas en la forma de "se concede amnistía a todos los individuos que…"; es decir, con un tenor similar al del D.L. 2191. No obstante dicha redacción, tanto la interpretación como la aplicación de tales leyes fue la correspondiente a una amnistía propia.

Funda tal aserto al constatar que la amnistía contenida en el D.L. 2191 de 1978 no se refiere a hechos, sino a personas, de lo cual se desprende que esta disposición exige la determinación de sujetos culpables respecto de un ilícito penal específico. El grado de participación culpable de un acusado en un delito solo puede determinarse una vez agotado un proceso penal, en virtud de una sentencia ejecutoriada.[74]

Sea como fuere, la amnistía debe ser aplicada en todo caso, ya sea antes de iniciar la acción penal o durante un proceso judicial en curso —en caso de considerar que el D.L. 2191 establece una amnistía propia— o una vez concluida la investigación y dictada la sentencia —en caso de considerar que establece una amnistía impropia—. **La tesis de la amnistía impropia solo afecta al momento procesal en el que debe decretarse**, pero no la deja sin efecto; igual habría que decretarla una vez concluida la investigación y determinados los responsables del delito.

En relación con la vigencia, la interpretación y la aplicación de la ley de amnistía, cabe destacar que **el Consejo de Defensa del Estado**, en su sesión ordinaria del 22 de junio de 2004, bajo la presidencia de Clara Szczaranski Cerda, adoptó por unanimidad el acuerdo Nº 183/2004, que dice: "Considerar, para los efectos de las causas penales sobre derechos humanos, que **la amnistía** establecida en el decreto ley Nº 2.191, de 1978, **está vigente** y que **es una amnistía impropia,** que **debe ser aplicada con la condena,** y en consecuencia, una vez determinada la responsabilidad penal de cada partícipe y la pena precisa que le corresponde".[75]

Clara Szczaranski señala que la correcta aplicación de la amnistía impropia permite la confluencia de un triple interés: el del Estado, el de las víctimas y el de los imputados; y que tal aplicación tiene las siguientes connotaciones positivas:
—No significa denegación de justicia.
—Exige un debido proceso.
—Determina las exactas responsabilidades penales de cada infractor y la pena que le es aplicable en derecho.

---

[74] SZCZARANSKI Cerda, Clara. *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos.* Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2004, p.290.

[75] "La discusión del CDE sobre la Amnistía (tercera parte)". Diario electrónico *El Mostrador*, Santiago, 4 de octubre de 2004. El destacado es nuestro. Este acuerdo fue transcrito en una carta al Director enviada por el autor, que fue publicada por el diario *El Mercurio* de Santiago el domingo 23 de junio de 2013, bajo el epígrafe "Amnistía"; carta que decía: "A propósito de las declaraciones de doña Gloria Ana Chevesich, relacionadas con la aplicación de la ley de amnistía, me parece interesante citar el acuerdo Nº 183/2004 adoptado por el Consejo de Defensa del Estado, en su sesión ordinaria del 22 de junio de 2004… (sigue el acuerdo)".

—Resguarda las garantías humanas, constitucionales y universales de los imputados, procesados y condenados.
—Los hechos siguen siendo criminales, pues no afecta su tipicidad, antijuridicidad ni su existencia.
—Modifica solo la ejecución de las penas determinando su exención para condenados que cumplen los requisitos legales.
—No interfiere con tratados internacionales sobre derechos humanos.
—No lesiona ningún derecho humano.[76]

La ley de amnistía debe ser aplicada no solo por ser ley expresa vigente, sino que en virtud de los principios de legalidad y pro reo, garantizados constitucionalmente y, además, reforzados por los tratados internacionales vigentes en Chile.

En conclusión, **la debida aplicación de la amnistía impropia concedida por el D.L. 2191 es jurídicamente ineludible**. Los tribunales deben aplicar la amnistía una vez terminada la investigación y determinadas las penas asignadas a quienes fueren hallados culpables de delitos, ya sea en calidad de autores, cómplices o encubridores. Lamentablemente los jueces, en la práctica, han derogado la ley de amnistía.

Los tribunales de justicia, con diversos pretextos e interpretaciones antojadizas, buscan la manera de burlar la aplicación de la ley de amnistía. Los argumentos para negarla van desde la ficción de que las víctimas aún están secuestradas, que la ley tiene origen ilegítimo, que se trata de una autoamnistía o que tratados internacionales la prohíben; hasta la aplicación de la costumbre internacional o "la conciencia jurídica universal". Entre los argumentos utilizados por los jueces para no aplicar la Ley de Amnistía cabe mencionar los siguientes: a) La ley de amnistía es ilegítima; b) El D.L. 2191 de 1978 es una autoamnistía; c) La ley de amnistía concede impunidad; d) La ley de amnistía es incompatible con los tratados internacionales; e) Convenios internacionales prohíben dictar amnistías; f) No se aplica en virtud de normas de *ius cogens*; g) Los delitos de lesa humanidad son inamnistiables; 8) Las víctimas permanecen secuestradas.[77]

Los jueces que tramitan causas de derechos humanos, salvo escasas excepciones, **cometen el delito de prevaricación**; al fallar a sabiendas contra

[76] A lo anterior, agrega: "Respecto a esto último es interesante destacar que, si bien desde un punto de vista ajeno al derecho, más propio de la política contingente y de la moral puede estimarse que la amnistía lesiona el derecho a la justicia, ello no es así, salvo si se confunde e identifica la justicia con la ejecución de la pena, y ésta con el dolor. De ser el sufrimiento del ofensor el fin de la pena y la realización de la justicia, sería entonces necesario agravar las penas homologándolas con la atrocidad del crimen". SZCZARANSKI Cerda, Clara. "El perdón social", en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Nº 10, Santiago, diciembre de 2003.
[77] Cfr. PAÚL L., Adolfo. Op. cit. *Procesos*, pp. 89-116.

leyes expresas y vigentes, tales como el D.L. 2191 de 1978 sobre amnistía y las leyes relativas a la prescripción de la acción penal.[78]

2.7. Prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la responsabilidad penal[79] que consiste en el transcurso de un determinado lapso desde la comisión del delito sin que el procedimiento se dirija contra el culpable; es la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley; es un límite temporal al ejercicio del poder penal del Estado; una renuncia del Estado a la pretensión punitiva o a la potestad de castigar. Así, transcurrido ese lapso, se extingue el derecho del Estado a imponer una sanción.[80]

---

[78] Los jueces tratan de justificar sus fallos inicuos con diversas engañifas, tales como la alucinante ficción jurídica del "secuestro permanente", según la cual —contrariando la verdad y el sentido común más elemental— éstos se estarían cometiendo desde el año 1973 hasta el día de hoy; o el ardid de calificar los hechos investigados como "delitos de lesa humanidad" y, por lo tanto, imprescriptibles, vulnerando gravísimamente el principio de legalidad, esencial en el derecho penal. Esto último, porque los hechos delictivos que se les atribuye a los imputados no se ajustan a dicho tipo penal y porque los delitos de lesa humanidad fueron establecidos en Chile por la ley 20.357, que solo es aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia, el 18 de julio de 2009.

[79] Artículos 93 a 96 del Código Penal.

[80] Los fundamentos que se mencionan en la doctrina para la existencia de la prescripción de la acción penal, son los siguientes:

a) **El transcurso del tiempo**. La prescripción, como se ha dicho, opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito.
b) **El olvido de la infracción**. Se dice que es en el olvido de la infracción por el transcurso del tiempo donde se halla el verdadero fundamento de la prescripción penal. El olvido suprime la necesidad —y, por consecuencia, la legitimidad— de la represión.
c) **La pérdida de interés en la represión**. Diversos autores postulan que con el transcurso del tiempo se pierde el interés estatal en la represión del delito.
d) **La ausencia de necesidad de ejecución de la pena**. Porque los efectos que se persiguen con la declaración de responsabilidad y consecuente imposición de la pena se ven notablemente afectados por el paso del tiempo.
e) **El desaparecimiento de pruebas**. El transcurso del tiempo produce importantes efectos sobre la conservación de los eventuales testimonios del delito, así como en el recuerdo de los hechos ocurridos por parte de los imputados y de eventuales testigos.
f) **Derecho a la defensa**. La defensa de los eventuales imputados se ve muy afectada por el transcurso del tiempo, por las razones ya señaladas sobre la dificultad de obtener pruebas precisas para verificar la responsabilidad de quien ha cometido el delito, de asegurar su fiabilidad y de permitir una valoración adecuada de ellas.
g) **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Que es uno de los elementos del debido proceso. Cuando el transcurso del tiempo desde la comisión del delito supera ciertos términos, se acentúa en la persona susceptible de ser imputada la incertidumbre ligada a un proceso penal que podría ser iniciado en cualquier momento.
h) **La teoría de la enmienda**. Transcurrido el tiempo para la prescripción, ya no es necesario el castigo, pues se estima que el delincuente se ha redimido; especialmente en aquellos casos en que no ha vuelto a cometer nuevos delitos.

Por regla general la prescripción no ha sido aplicada, inicialmente por la alucinante tesis del "secuestro permanente" y, en las sentencias más recientes, fundadas sobre la base de la supremacía de las normas de derecho internacional por sobre las del derecho interno, interpretando extensivamente la vigencia de las primeras y aduciendo que los delitos son de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles. En estas sentencias se ha estimado que, independientemente del consentimiento expreso del Estado de Chile, es obligatoria la aplicación de normas derivadas de tratados internacionales no suscritos o no ratificados por Chile al momento de la ocurrencia de los hechos,[81] o de unas supuestas normas de la costumbre internacional o de *ius cogens* e, incluso, de la "conciencia jurídica universal". **Ello resulta absolutamente inadmisible, por cuanto vulnera el principio de legalidad**; un principio esencial del derecho penal que tiene rango constitucional y que, como hemos visto, no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia.

Actualmente tampoco se está aplicando el beneficio temporal objetivo del artículo 103 del Código Penal —impropiamente denominado "prescripción gradual" o "media prescripción", pues no tiene la misma naturaleza jurídica que la prescripción— para efectos de morigerar la pena. La Corte Suprema, en la sentencia recaída en el episodio Rudy Cárcamo Ruiz,[82] cambió su jurisprudencia y no aplicó dicho beneficio. Con ello, la pena que le había sido asignada a los condenados en la sentencia de segunda instancia, con la cual se habían manifestado conforme los querellantes —no así el ministerio del Interior, que interpuso un recurso de casación a fin de que no les fuese aplicado el precitado artículo 103— fue aumentada de 541 días con el beneficio de la remisión condicional de la pena a cinco años y un día sin beneficios; razón por la que los supuestos responsables del delito tuvieron que cumplir efectivamente su condena, recluidos en la cárcel.

El **artículo 93 del Código Penal** establece: "***La responsabilidad penal se extingue: 6º Por la prescripción de la acción penal***". Los plazos de prescripción

---

i) **Seguridad jurídica**. La necesidad de considerar consolidados los derechos y saneadas las situaciones anormales cuando ha transcurrido un tiempo suficientemente largo; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente.

Aparte de los potentes argumentos que hemos mencionado para la aplicación de la prescripción, no debe olvidarse que la ley otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora; y, en los casos de derechos humanos a los que nos estamos refiriendo, es altísimamente improbable que los imputados por un delito cometido en una situación absolutamente excepcional vuelvan a cometerlo en el futuro.

[81] Como, por ejemplo, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

[82] Sentencias de casación y de reemplazo dictadas por la Corte Suprema de fecha 24 de mayo de 2012, Rol Nº 288-12 (*ut supra* 1.1).

de la acción penal son distintos, según sea la gravedad del delito. Para los más graves, este plazo es de quince años, según lo establece el artículo 94 de ese mismo Código que dice: "*La acción penal prescribe: Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años*".

Los artículos 95, 102 y 103 del Código Penal señalan:

—Art. 95. "*El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito*".

—Art. 102. "*La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el procesado no la alegue*".

—Art. 103. Establece un beneficio temporal objetivo, impropiamente denominado "media prescripción" o "prescripción gradual", en los siguientes términos: "*Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena*[83]*, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones,* ***deberá el tribunal*** *considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante*".

El Código de Procedimiento Penal, por su parte, establece:

—Art. 408. "*El sobreseimiento definitivo se decretará: 5º Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 93 del mismo Código* (Penal)".

—Art. 107. Ordena a los jueces: "***Antes de proseguir la acción penal****, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio,* ***el juez examinará*** *si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra* ***extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio***".

Estas normas son clarísimas y **están redactadas en términos imperativos, no discrecionales**: no facultan al juez para hacer algo, sino que le ordenan actuar de una determinada manera.

[83] La prescripción de la pena se produce si transcurre un determinado tiempo desde la fecha de la sentencia de término que impuso la pena, sin que ésta hubiese comenzado a cumplirse; o desde el quebrantamiento o interrupción de su cumplimiento, si ésta hubiese comenzado a cumplirse, sin que hubiese acabado de ejecutarse. El plazo para los delitos más graves es de quince años. Si el condenado estuviere ausente del territorio de la República, se cuenta por uno cada dos días de ausencia (artículos 97, 98 y 100 del Código Penal).

2.8. Beneficio temporal objetivo del artículo 103 del Código Penal

El artículo 103 del Código Penal establece: "*Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta*".

Este artículo establece un "beneficio temporal objetivo", conocido como "**prescripción gradual**" o "**media prescripción**". Estas últimas **denominaciones resultan absolutamente inapropiadas**, por cuanto el beneficio establecido en dicho artículo trabaja sobre el elemento temporal, **no para extinguir la responsabilidad penal como en la prescripción**, sino para reducir la pena imponible. **Su naturaleza jurídica es distinta**; se encuentra ligada a la excusa legal absolutoria por el tiempo transcurrido sin haber completado el plazo de la prescripción, cuya fundamentación se encuentra en la inutilidad de la aplicación de la sanción y en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados, incidiendo en consecuencia en un castigo menor.

Los jueces no aplican el artículo 103 del Código Penal utilizando el mismo argumento que el empleado para no aplicar la prescripción de la acción penal, no obstante que **se trata de un beneficio objetivo y de un precepto de carácter imperativo; no facultativo o discrecional.** La norma dice: el tribunal "**deberá**". Este "beneficio temporal objetivo" es independiente respecto de instituciones como la prescripción o las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal. Por tal razón, debe ser aplicado incluso en el caso de los delitos imprescriptibles.

En relación con este tema, se ha tenido conocimiento de una solicitud ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos **para la invalidación de las penas otorgadas** en el caso Juan Luis Rivera Matus y Otros Vs. Chile,[84] **en el que fue aplicada la figura jurídica de la media prescripción** por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet, entre otras, por ser éstas muy leves frente a la gravedad de los crímenes.[85]

---

[84] Ver Informe de Admisiblidad Juan Luis Rivera Matus y otros Chile 6 de diciembre de 2016. INFORME Nº 58/16 PETICIONES 1275-04 B y 1566-08. https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/CHAD1275-04ES.pdf

[85] Los familiares de las víctimas y abogados nacionales y extranjeros celebrarán el martes 14 de marzo en la sede de la Agrupación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos (AFDD) una reunión para proseguir el análisis de fondo del caso Juan Luis Rivera Matus y Otros Vs. Chile ante la

2.9. Cosa juzgada

Non bis in idem es un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo. Con esta expresión se quiere indicar que nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho; la prohibición de que una misma persona sea juzgada o sancionada dos veces por un mismo hecho.

Este principio del *non bis in idem* está íntimamente relacionado con la institución procesal denominada **cosa juzgada**, que impide iniciar un nuevo proceso por hechos que ya han sido juzgados y al que se le dio término ya sea por sentencia ejecutoriada o por sobreseimiento definitivo. La cosa juzgada garantiza a toda persona el no ser juzgada dos veces por el mismo delito; consagra la imposibilidad de que un mismo hecho pueda ser sancionado en más de una ocasión. La cosa juzgada es una expresión del principio de seguridad jurídica y tiene por objeto evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ya ha sido sometido a un proceso penal anterior, al que se le dio término.

El *non bis in idem* es un principio general que impide el doble juzgamiento y se aplica en el evento de que un proceso se encuentre en sustanciación y se pretenda iniciar un nuevo proceso por el mismo hecho, es decir, cuando no hay cosa juzgada todavía. Esta última solo se contrae cuando la sentencia o el sobreseimiento definitivo se encuentran ejecutoriados. El principio

---

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **El resultado de este proceso podrá conllevar la invalidación de las penas otorgadas en aplicación de la figura jurídica de la media prescripción por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet, entre otras, por ser éstas muy leves frente a la gravedad de los crímenes**.

En diciembre de 2016, la CIDH decidió aceptar la admisibilidad del caso, y ahora tendrá que examinar si **la figura de "media prescripción"** que fue utilizada por la justicia chilena para reducir las condenas de diversos perpetradores de crímenes de lesa humanidad, otorgándoles la libertad vigilada y la remisión condicional de la pena, puede violar las obligaciones internacionales suscritas por Chile. **Esta medida, denominada también prescripción gradual se encuentra consagrada en el artículo 103 del Código Penal chileno, y consiste en conceder a una persona una reducción de su pena**.

Entre el 28 de enero de 2008 y el 16 de agosto de 2010, un total de 14 denuncias fueron presentadas ante la CIDH por familiares de 48 personas apoyadas por la Agrupación de familiares de detenidos y desaparecidos (AFDD) y la FIDH, con el objetivo de hacer justicia a sus familiares, que fueron víctimas de detenciones, desapariciones y ejecuciones políticas durante la dictadura militar.

De continuar, el caso podrá ser resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, institución que podría establecer jurisprudencia internacional sobre cuál es la sanción mínima que debe recibir una persona que es juzgada como culpable de crímenes de lesa humanidad, razón por la cual este fallo sería determinante no solo para el Estado chileno, sino también para otros países".
"Chile: Penas a perpetradores de crímenes de lesa humanidad de la dictadura podrían ser revisadas y aumentadas". Movimiento Mundial de los Derechos Humanos. Comunicado Santiago 13/03/2017. https://www.fidh.org/es/region/americas/chile/chile-penas-a-perpetradores-de-crimenes-de-lesa-humanidad-de-la

del *non bis in idem* tiene efectos muy concretos en el proceso penal, que consisten en la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave.

La cosa juzgada en materia penal está definida en el inciso segundo del artículo 1º del Código Procesal Penal: "**La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho**".[86]

La cosa juzgada está consagrada con rango constitucional, puesto que es una norma esencial del debido proceso; garantía contemplada en el artículo 19 Nº 3 inciso sexto de la Carta Fundamental. Está contemplada también en los siguientes artículos del Código Procesal Penal: 13, respecto a las sentencias penales dictadas por tribunales extranjeros; 251, como efecto del sobreseimiento definitivo, pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada; 264, como excepción de previo y especial pronunciamiento; 374 letra g), como motivo absoluto de nulidad, cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada. La cosa juzgada está también contemplada en los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal: 408 Nº 7, 418, 433 Nº 4 y 541 Nº 11. Asimismo, en el artículo 8 Nº 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14 Nº 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No obstante las claras disposiciones precitadas, han sido abiertos procesos contra personas por hechos que ya habían sido juzgados y se ha ordenado reabrir causas en las cuales había recaído sentencia definitiva o en las que los imputados habían sido sobreseídos definitivamente (resolución que es un equivalente jurisdiccional de una sentencia y que tiene autoridad de cosa juzgada).[87] Las

[86] La cosa juzgada también está contemplada en el art. 374 letra g) del Código Procesal Penal y en los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal: 541 Nº 11 —*El recurso de casación en la forma sólo podrá fundarse en alguna de las causales siguientes: 11 Haber sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autotidad de cosa juzgada*—; 433 Nº 4 —"*El procesado sólo podrá oponer como excepciones de previo y especial pronunciamiento las siguientes: 4ª Cosa juzgada*"— y 408 Nº 7. Este último artículo establece: *"El sobreseimiento definitivo se decretará: 7º Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado"*.

[87] Hay numerosos casos. Tenemos, por ejemplo: «La Corte Suprema de Chile revocó hoy dos fallos anteriores y ordenó reabrir la investigación de un grupo de ex marinos que denuncian haber sido torturados antes del golpe militar de 1973, por haber denunciado la conspiración que se gestaba contra el gobierno de Salvador Allende. En un fallo unánime, la Segunda Sala Penal del máximo tribunal chileno ordenó la designación de un nuevo juez especial y la realización de varias diligencias tendentes a esclarecer las denuncias de los ex miembros de la Armada chilena, que suman alrededor de un centenar y se han organizado en la Asociación de Marinos Constitucionalistas. La

razones aducidas para reabrir causas terminadas son espurias, tales como el que fue aplicada la ley de amnistía[88] o porque surgieron hechos nuevos, pero que no

---

resolución de la Corte Suprema revoca un dictamen emitido en enero de 2011 por la jueza especial Eliana Quezada, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que ordenó el sobreseimiento definitivo de la causa. Ese dictamen fue posteriormente ratificado por la propia Corte de Apelaciones del principal puerto chileno, pero hoy la Corte Suprema consideró que el fallo de primera instancia, refrendado después por el tribunal de alzada, "no explica ni desarrolla satisfactoriamente los fundamentos del sobreseimiento definitivo decretado"», en "Corte Suprema de Chile ordena reabrir juicio por marinos torturados en 1973", www.eldinamo.cl/2012/04/03/.

[88] **Anular la autoamnistía** (carta de Francisco J. Ugás Tapia, Secretario Ejecutivo del Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicada en *El Mercurio* de Santiago, 15 de octubre de 2014).

"El 11 de septiembre pasado, la Presidenta de la República decidió otorgarle el carácter de suma urgencia al proyecto de ley que pretende anular el Decreto Ley Nº 2.191, de 1978, conocido como Decreto Ley de Amnistía. Se trata de un decreto ley promulgado por un régimen dictatorial y no de una ley propiamente tal, ya que la ley solo puede emanar de un parlamento democráticamente elegido.

El mencionado Decreto Ley de Amnistía es una auto amnistía, promulgada por el mismo Estado dictatorial, con la única finalidad de garantizar la impunidad de quienes habían participado directa o indirectamente en la violación a los derechos humanos.

Durante muchos años, este decreto ley dictatorial de autoamnistía fue aplicado por los tribunales nacionales de Justicia, tanto civiles como castrenses, promoviendo y favoreciendo la impunidad de aquellos que participaron en hechos que no solo eran crímenes aberrantes de acuerdo con nuestra legislación interna, sino que, además, eran inamnistiables e imprescriptibles, según el Derecho Internacional.

Así entonces, este decreto ley dictatorial es además contrario al Derecho Internacional vigente en Chile a la época de los hechos.

En esta materia, es imprescindible tener en consideración que Chile ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por haber aplicado el Decreto Ley de Amnistía. Diversos órganos de Naciones Unidas han señalado que nuestro país debe eliminar de su sistema normativo este espurio decreto ley.

Desde hace más de una década, la Corte Suprema de Justicia modificó su jurisprudencia, declarando reiteradamente inaplicable el Decreto Ley de Amnistía a las causas por violaciones a los derechos humanos. En virtud de este criterio jurisprudencial, los tribunales han reabierto numerosos procesos en los que alguna vez se aplicó la amnistía y se ha proseguido ejerciendo la persecución penal contra los responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas en dictadura.

Según los registros del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la amnistía fue aplicada en 93 causas, afectando a 362 víctimas. Con el cambio de criterio jurisprudencial de la Corte Suprema, 91 procesos fueron reabiertos, favoreciendo a 360 víctimas. Estos procesos están actualmente en etapa de investigación, otros en etapa de juicio y varios de ellos han sido terminados por sentencia condenatoria.

¿Qué sentido tiene entonces anular la amnistía si estos procesos fueron en su inmensa mayoría reabiertos? Por una parte, representa la consolidación legislativa del criterio jurisprudencial previamente adoptado por la Corte Suprema. Por otra parte, previene cualquier posible cambio jurisprudencial regresivo, impidiendo que algún tribunal pudiera, en lo sucesivo, ampararse en ella para promover nuevamente la impunidad. Pero lo importante es que la anulación de la autoamnistía constituye una exigencia ineludible del Derecho Internacional que no podemos seguir postergando si queremos seguir por la senda que nos hemos trazado de ser un país democrático plenamente inserto en la comunidad internacional".

Ley de Amnistía (réplica de Adolfo Paúl Latorre a la carta anterior, publicada en *El Mercurio* de Santiago, 16 de octubre de 2014).

son suficientes para destruir la autoridad de cosa juzgada, como ocurre en el caso del recurso de revisión. Pero el colmo de los colmos, rayano en el paroxismo, es el argumento de que **como la sentencia fue dictada por un tribunal militar no existe cosa juzgada real, sino que "aparente o fraudulenta"** (*ut supra* 1.9).

2.10. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio del derecho universalmente reconocido, que se entiende como la "**certeza del derecho**"; tanto en el ámbito de su publicidad como de su aplicación y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo mandado, prohibido o permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

"El hombre tiene la necesidad de saber qué podrán hacer los demás respecto de él, y qué es lo que él puede hacer respecto de los demás; y no solo ésto, sino que también precisa tener la seguridad de que esto será cumplido forzosamente, garantizado, defendido de modo eficaz; saber que esto tendrá

"Trataré de refutar, en pocas palabras, algunos de los numerosos infundios vertidos por don Francisco Ugás en su carta publicada ayer, bajo el título "Anular la autoamnistía".

1. El D.L. 2191 de 1978 no fue una autoamnistía, puesto que tal decreto —como lo veía el cardenal Silva Henríquez— fue un gesto de reconciliación que iba a beneficiar a uno y otro lado.

2. Los delitos imputados a los militares no pueden, legalmente, ser calificados como de "lesa humanidad", por cuanto no reúnen los requisitos del tipo penal y porque estos fueron establecidos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional e incorporados en el derecho positivo chileno mediante la Ley 20.357, los que entraron en vigor en Chile el año 2009 y no pueden ser aplicados retroactivamente.

3. Ningún convenio o tratado internacional prohíbe dictar o aplicar leyes de amnistía —por el contrario, las favorecen—, puesto que eso significaría prohibir perdonarse entre hermanos.

4. La ley de Amnistía no favorece la impunidad, pues ella no impide investigar los hechos y aplicar sanciones.

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al D.L. 2191, excede absolutamente su competencia, se aparta del claro sentido de la Convención y desconoce asuntos de jurisdicción interna de nuestro país. Por lo demás, dicha Corte no ha ordenado la derogación de tal decreto, solo ha manifestado que el D.L. 2191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables.

6. La reapertura de los noventa y un procesos con sentencia de término en los que fue aplicada la amnistía —solo aquellos que beneficiaron a militares, no lo casos mucho más numerosos que beneficiaron a guerrilleros y terroristas—, pasando por sobre la igualdad ante la ley y la autoridad de cosa juzgada, constituye una atrocidad legal y procesal.

7. Las leyes no se anulan, sino que se derogan. El D.L. 2191 es una ley que está plenamente vigente y que ha producido efectos. Y, aunque dicha ley fuese derogada, igual debería ser aplicada, en virtud del principio de ultraactividad de la ley penal más favorable".

forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente”.[89]

El Estado, como regulador de las relaciones en sociedad, no solo establece —o debe establecer— las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de “seguridad jurídica” al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados.

Son principios típicamente derivados de la seguridad jurídica la irretroactividad de la ley penal, la tipificación legal de los delitos y de las penas, las garantías constitucionales, la cosa juzgada, la caducidad de las acciones y la prescripción.

En relación con la seguridad jurídica —definida como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes; **la certidumbre de que ellas serán cumplidas rectamente y sin arbitrariedades**—, cabría señalar que en los juicios por casos de derechos humanos no hay seguridad jurídica alguna; ya que los fallos no dependen de lo que la legislación vigente establece, sino que de la interpretación o del modo en que las leyes son o no son aplicadas por los tribunales, y de la forma en que están integradas las salas de las Cortes de Apelaciones o la sala penal de la Corte Suprema el día en que corresponde la vista de la causa.[90]

---

[89] RECASENS Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1970, pp. 220 y ss., transcrito por PAÚL Latorre, Adolfo, *POLÍTICA Y FUERZAS ARMADAS.* El Roble, Santiago, segunda edición, 2015, p.69.

[90] En relación con este tema, cabría citar una carta al Director enviada por el autor.
“Seguridad jurídica. El general Cheyre está acusado como cómplice de homicidio calificado, en circunstancias que no se cumplen los requisitos del artículo 16 del Código Penal para atribuirle tal responsabilidad criminal. Además, no le fueron aplicadas las normas sobre prescripción de la acción penal porque dicho delito fue calificado como “de lesa humanidad”, en circunstancias que los hechos investigados no cumplen con los requisitos de ese tipo penal y que tal categoría de delitos fue establecida en Chile por la ley 20.357, que entró en vigor el18 de julio de 2009 y que establece expresamente: “las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia".

Lo antedicho constituye un atropello al Estado de Derecho, al principio de legalidad —el que no puede ser suspendido ni siquiera “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” o “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”; según lo establecen el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— y a la seguridad jurídica.

Sin seguridad jurídica, sin la certeza de que la ley se cumple y que se aplica en la misma forma para todos, la Constitución Política es solo papel mojado. Adolfo Paúl Latorre”. Carta al Director publicada en *El Diario de Atacama*, 16 de mayo de 2017 y en *El Mercurio*, Valparaíso, 17

2.11. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es aquel en virtud del cual **no hay responsabilidad penal sin dolo o imprudencia**. Este principio, junto con el de legalidad, son los principios cardinales del derecho penal y constituyen postulados fundamentales de todo Estado de Derecho. **Se le reconoce como la piedra angular del derecho a castigar**.[91] La culpabilidad es el fundamento y medida de toda pena. No hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*).

La culpabilidad es un juicio de reproche, eminentemente personal, que la sociedad formula al autor de una conducta típica y antijurídica, porque en la situación concreta en que se encontraba podía haber evitado su perpetración, y de esta forma haber actuado conforme a Derecho.

Muchos de los militares que cumplen condenas privativas de libertad en Punta Peuco y en otras cárceles del país, en la época en que ocurrieron los hechos eran jóvenes oficiales, suboficiales o personal de tropa que se limitaron a cumplir órdenes que no podían desobedecer (de acuerdo con las normas del Código de Justicia Militar), **razón por la que están exentos de culpa y, por tanto, de responsabilidad criminal**.

La particular trascendencia del principio de culpabilidad y **su falta de consideración en los juicios contra los militares** —en los que no se toman en cuenta diversas causales de inculpabilidad y se olvidan las particularísimas circunstancias contextuales— **constituye una injusticia enorme**. Resulta absolutamente inaceptable sancionar a una persona sin considerar su culpabilidad como condición y medida del castigo o absolución que se le otorgue. **Y esto es lo que ocurre, lamentablemente, en todos los juicios que han terminado en sentencias condenatorias**.

Para colmo de males, a muchos militares se les condena por presunciones, sin que el tribunal que los juzga haya adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

de mayo de 2017.

[91] En nuestra legislación este principio no está consagrado en forma expresa, hay referencias a él solo en forma indirecta, al presumirlo como elemento previo a la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, el artículo 19 Nº 3 inciso 7 de nuestra Constitución señala: "*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*". El Código Penal, por otra parte, en el número 8 del artículo 10 exime de responsabilidad por caso fortuito. El Código Procesal Penal reconoce, en su artículo 58, el carácter personalísimo de la sanción penal.

Actualmente no solo se está condenando a quienes en la época del pronunciamiento militar y los meses inmediatamente siguientes —período en el que ocurrió la mayor parte de los hechos investigados— eran jóvenes conscriptos, sino que también a secretarios y fiscales de los consejos de guerra.

En relación con la culpabilidad cabría comentar que los jueces no juzgan a los militares considerando el contexto social histórico en que ocurrieron los hechos.[92] No es justo evaluar con los criterios de hoy delitos que son condenables, pero que se gestaron en un ambiente de odios extremos, que dividieron al país en dos bandos irreconciliables y lo llevaron al borde de la guerra civil.

2.12. Responsabilidad penal

Una de las características de la responsabilidad penal es la de ser personalísima; es algo eminentemente personal y, por lo tanto, la acción que emerge como respuesta estatal por la comisión de conductas punibles solo puede tener como sujeto pasivo al responsable de los hechos. "La responsabilidad siempre es individual, nunca colectiva".[93]

En consecuencia, **no existe responsabilidad por hechos delictivos ajenos ni por actos reprochables cometidos por personas del mismo grupo al que un determinado sujeto pertenece**, ni **tampoco por el mero hecho de haber sido superior jerárquico del hechor**; como es el caso de algunos militares que han sido condenados por "responsabilidad del mando"; porque como jefes "tenían que saber" o "debieron haber sabido" lo que hicieron sus subordinados, sin haber tenido participación alguna en el delito, ni en calidad de autores —material o intelectualmente— **cómplices o encubridores. Es la tesis de la "verticalidad del mando" que presume que el superior militar ordenó, permitió, autorizó o "debió conocer" los abusos contra los derechos humanos** cometidos por sus

[92] Estos fueron convocados por los políticos de todos los grupos democráticos para combatir al ejército revolucionario marxista que había en 1973. Los políticos sabían que tal trabajo no podía ser jurídicamente impecable, dados el poder y la clandestinidad del enemigo. Para nadie es un misterio que a los militares lo que les enseñan es a aniquilar al enemigo, y ellos entendieron que los civiles los habían llamado para eso. Por otra parte, es imposible reprimir mediante exhortaciones o buenas palabras a quienes estaban llevando a cabo una guerra subversiva irregular, la que se caracteriza por la utilización de diversos medios violentos, tales como sabotajes, atentados con explosivos, acciones de propaganda armada, asesinatos —selectivos o indiscriminados— y otras acciones de carácter terrorista. Es ingenuo creer que una guerra civil larvada o en preparación y a punto de estallar, se pueda contrarrestar sin acciones violentas que permitan anular la fuerza del adversario, las que resultaban inevitables en el contexto de un trastorno de todo orden que no tenía precedentes en la vida de Chile.

[93] RIERA Díaz, Pilar. "El pensamiento de Hannah Arendt, una visión global", *Revista Electrónica d'Investigació i Innovació Educativa i Socioeducativa*, Vol. 2, Núm. 2, 2011 - ISSN: 1989 - 0966, p.83. En relación con las responsabilidades colectivas en materia penal, ver PAÚL L., Adolfo, Op. cit. Procesos, apartado 7.34, pp. 278-285.

subordinados, aunque no haya otras pruebas y ni siquiera indicios que lo confirmen.

En efecto, **numerosas sentencias condenan a militares** que no tuvieron ni la más mínima participación en los supuestos hechos delictivos, **solo por "responsabilidad del mando",** en circunstancias que las responsabilidades penales son personales. Al respecto, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece: "**Nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual**".[94]

La profesora alemana Hannah Arendt,[95] en su obra "Responsabilidad Colectiva" sostiene que la responsabilidad es personal insistiendo que los conceptos de responsabilidad y culpa no deben ser aplicados a grupos enteros o a colectivos. El profesor Vladimir Tismaneanu, académico rumano y residente actualmente en Estados Unidos, ha orientado su vida académica justamente a la ciencia política, destacando el valor de la libertad y de las responsabilidades personales, censurando las formas de responsabilidad colectiva, establecidas en diversos regímenes estatistas.

En relación con las responsabilidades colectivas, cabría comentar que hay jueces que someten a proceso y a prisión preventiva a veinticinco o más personas de un determinado regimiento o de otra organización militar, solo por el hecho de que pertenecieron a ella, sin que esté justificada la existencia del delito que se investiga y sin que aparezcan **presunciones fundadas para estimar que los inculpados han tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor**; que son los requisitos que para ello exige el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. **El cargo o delito que se les imputa es el de "haber estado ahí"**.

Estos jueces llevan a efecto verdaderas "redadas", dentro de una política de "hostigamiento, persecución o **exterminio** de un grupo de numerosos compatriotas"[96] ancianos, a fin de condenarlos a morir en la cárcel.

---

[94] Artículo 6, Nº 2, letra b).

[95] De origen judío fue privada de sus derechos por el régimen nazi, en 1937, el que le retiró la nacionalidad, siendo apátrida hasta 1951, en que obtuvo la nacionalidad norteamericana. Analiza documentos filosóficos, políticos, biografías y obras literarias, particularmente respecto al sentido de culpa y responsabilidad del pueblo alemán. Cfr. ARENDT, Hannah, *Responsabilidad y juicio*, Barcelona, Paidós, 2007; NOVO, Rita M. "El concepto de 'responsabilidad' en la filosofía política de Hannah Arendt", Actas de las VII Jornadas de Investigación en Filosofía para profesores, graduados y alumnos, 10, 11 y 12 de noviembre de 2008, Departamento de Filosofía, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata.

[96] Son los términos utilizados por los jueces en numerosas sentencias (por ejemplo *ut supra* 1.1).

En diversas sentencias dictadas en causas "de derechos humanos", por supuestos delitos ocurridos hace más de cuatro décadas, han sido condenados quienes eran en aquel tiempo jóvenes militares —muy subalternos, conscriptos incluso— a altísimas penas de presidio y el Estado de Chile a pagar cuantiosas indemnizaciones, algunas superiores a los $6.000.000.0000.

Finalmente cabría formular una pregunta. **Las responsabilidades en estos casos: ¿son personales o institucionales? Si son <u>personales</u>**: ¿por qué paga el Estado, es decir todos los chilenos? Y, **si son <u>institucionales</u>**: ¿por qué pagan los militares, que no actuaron *motu proprio* sino que en cumplimiento de órdenes superiores?

2.13. <u>Carga de la prueba</u> (*onus probandi*)

El estado jurídico de inocencia, conocido como "presunción de inocencia", es uno de los elementos esenciales del debido proceso, que está amparado por nuestra Carta Fundamental. Diversas declaraciones de tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile consagran este principio.[97]

Esta presunción es un estatus básico del ciudadano sometido a un proceso. Lo relevante es que nadie está obligado a probar o demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. El imputado debe ser tratado como inocente. Una consecuencia de este principio es que **<u>la carga de la prueba le corresponde al acusador</u>**; la culpabilidad tiene que ser demostrada por el acusador; quien acusa es quien tiene que demostrar la acusación. Si el querellante no prueba, se debe absolver al querellado.

Este principio se expresa en aforismos latinos tales como: *actori incumbit onus probandi* (la carga de la prueba incumbe al actor) o *actore non probante reus absolvitur* (si el demandante no prueba, se absuelve al demandado). Este principio jurídico señala que quien está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales y su fundamento radica en el aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad debe probarlo. Al operar la presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que a quien acusa le corresponde probar las imputaciones delictivas.

[97] Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948, art. 11, inc. 1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, art. XXVI); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 14, Nº 2); Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969 (art. 8 Nº 2).

Los jueces infringen las normas reguladoras de la prueba cuando invierten el peso de la misma, rechazan pruebas que la ley admite, aceptan pruebas que la ley rechaza; cuando desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso o cuando alteran el valor probatorio que la ley le asigna a los diversos medios de prueba.

En los procesos por "secuestro permanente" se invierte el peso de la prueba: son los querellantes o el tribunal quienes deben acreditar que la persona "secuestrada" está viva y que el delito se está cometiendo (que éste se ha mantenido durante cuatro décadas). **No es el acusado quien debe probar un hecho negativo: que no tiene secuestrada a la víctima**.

Hay casos en que los jueces se han valido de medios sin valor probatorio, de testigos inhábiles o falsos, o mendaces y han condenado a personas inocentes. En diversas causas los jueces incorporan a un expediente declaraciones o pruebas rendidas en otros juicios. En otras causas le dan el mismo valor que a una prueba rendida en juicio a lo dicho en libros, informes u otro tipo de publicaciones —originados por personas o entidades manifiestamente contrarias al gobierno militar e identificadas por su actitud persecutoria contra los uniformados—, tales como *Los zarpazos del puma*, *La guerra privada del capitán Fernández*, *Consejo de guerra* o el *informe de la "Comisión Rettig"*, el que fue calificado por la propia Corte Suprema como "apasionado, temerario y tendencioso producto de una investigación irregular y de probables prejuicios políticos".[98]

Por otra parte, los jueces tampoco aplican la norma del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: "*El juez debe investigar, con igual celo, no solo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen*". En los casos de imputados por secuestro, los jueces no hacen nada por esclarecer si efectivamente la víctima está viva y si permanece secuestrada en poder de sus captores, ya sea en su lugar de residencia o en otro al que tuviese acceso el imputado.

Hay numerosos casos en que los jueces no solo violan la presunción de inocencia y el principio pro reo, sino que excluyen o no toman en consideración o no le aceptan a los imputados pruebas que acreditan fehacientemente determinados hechos que los favorecen o que los exculpan de responsabilidad —o que no disponen diligencias o que no requieren documentos pedidos por los inculpados para apoyar su defensa a los organismos que solo se los entregan a los tribunales, pero no a un particular; tales como las fichas médicas de los hospitales—,

[98] Cfr. Conclusiones del documento "Respuesta de la Corte Suprema al informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación", revista *Estudios Públicos*, Santiago, Nº 42, año 1991, p.249.

especialmente aquellas que acreditan que no estaban en el lugar en el momento o en la época en que ocurrieron los hechos investigados; tales como pasaportes, certificados de destinaciones o de trasbordos, de hospitalización u otros instrumentos.[99] En otros casos condenan sobre la base de lo declarado solo por un testigo de cargo, sin que exista en el proceso ninguna otra prueba, ni siquiera un indicio, que acredite la participación del imputado en los hechos investigados.

2.14. Principio de favorabilidad (*favor rei* o *in dubio pro reo*)

El principio de favorabilidad o *favor rei* protege al imputado. En caso de duda sobre la responsabilidad penal o la ley aplicable, debe estarse a lo más favorable al imputado. Este principio surge de la máxima *favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda* y protege al imputado en caso de conflicto de leyes. **Se materializa a través de la aplicación de la ley más favorable al imputado.** Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existe al pronunciarse el fallo, se aplicará siempre la más benigna.[100] Esta aplicación de la ley más leve o más benigna para el imputado se conoce también como principio de benignidad.

El principio de favorabilidad también se expresa en la locución latina *in dubio pro reo*, que significa "ante la duda, a favor del reo" y está íntimamente relacionado con el principio de inocencia. **En caso de duda**, ya sea por insuficiencia probatoria u otra razón, **se deberá decidir en el sentido más favorable para el imputado o acusado**. En virtud de este principio, la condena solo puede fundarse en la certeza y verdad de lo establecido durante el proceso, de tal manera que si no se produce plena convicción en el juzgador o si sobreviene alguna duda, necesariamente deberá absolverse al acusado.

«El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Francisco Zúñiga, establece que "el principio Pro Homine se consolida en el siglo XX como una regla hermenéutica de los derechos humanos y derechos fundamentales, que asegura su expansividad, progresividad y no regresividad." En este trabajo el profesor Zúñiga, citando a Nogueira señala: "*el principio favor persona o Pro Homine lleva a aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos a las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en*

[99] Cfr. JULIO Reyes, Humberto. *Hablan los militares. Operaciones de la Agrupación "Este" y de la Escuela de Artillería 1973-1974.* Biblioteca Americana, Santiago, 2006, p.107.

[100] Este concepto de la ley penal más benigna está íntimamente relacionado con el de "ultraactividad de la ley más benigna": si la ley vigente en el momento de la comisión del hecho es modificada o derogada antes del juzgamiento es aplicable por ser más benigna; y con el de "ley penal intermedia más favorable": aquella que entra en vigor después de la comisión del delito, pero que es modificada nuevamente, antes de la sentencia, por otra más rigurosa, se aplica la ley más benigna.

la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos ***incorporada en el derecho interno***". En la misma publicación, se incluye un trabajo muy interesante de la profesora Marisol Peña Torres, expresidente del Tribunal Constitucional de Chile, quien, citando al profesor venezolano Allan Brewer Carias, afirma que "*el principio pro homine se ha deducido como incorporado en las Constituciones, como las ya mencionadas de Chile y Perú, cuando precisan como fin esencial del estado, el respeto de los derechos humanos*"».[101]

Los jueces que dictan sentencias condenatorias desconocen absolutamente este principio; no aplican la ley más favorable para el imputado y condenan sin que las pruebas aportadas en juicio lleven a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que al procesado le cupo participación en el delito que se le imputa.

Este principio también tiene consecuencias en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad. **Suponiendo que efectivamente ciertos delitos cometidos por militares hace cuarenta años atrás fuesen de lesa humanidad, habría que aplicarle a los responsables las leyes más benignas**, a saber: **el Tratado de Roma y la ley 20.357**; pues estas normas jurídicas establecen que sus disposiciones —entre ellas, la imprescriptibilidad de los delitos— **solo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia** (lo que ocurrió, en el caso de Chile, en el año 2009).[102]

2.15. Principio de humanidad

Se refiere a tener que tratar con respeto a los procesados o condenados, ahorrándoles vejaciones inútiles, sufrimientos y humillaciones; como ocurrió en el caso del general Orozco al que nos referimos en el apartado 1.4.

Una manifestación de este principio es la concesión de beneficios penitenciarios o de indultos humanitarios. En el caso de los militares encarcelados, que han cumplido con el tiempo exigido por la ley para acceder a beneficios penitenciarios, simplemente no se los dan o se les pone todo tipo de trabas para otorgárselos. En cuanto a indultos, ya sean generales o particulares —como les

---

[101] LÓPEZ Blanco, José Luis. "Responsabilidades colectivas en materia penal", microjuris.com inteligencia jurídica, http://aldiachile.microjuris.com, archivado en Alertas Jurídicas, Columna, 15 de noviembre de 2013.

[102] El art. 24 del Estatuto de Roma establece, además del principio de irretroactividad, el principio de favorabilidad: "Irretroactividad ratione personae. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena".

fueron concedidos a cientos de terroristas condenados por "hechos de sangre"—, mejor ni hablar: solo ha sido indultado un militar. Ya nos referimos a las declaraciones del expresidente Piñera y de su Ministro de Justicia —"**ni aunque esté moribunda una persona** condenada por crímenes contra los derechos humanos **podrá ser indultada**"— así como al proyecto de reforma constitucional que prohíbe el perdón entre hermanos (*ut supra* 2.4).

Resulta inhumano privar de libertad a personas después de haber transcurrido cuatro décadas desde la ocurrencia de los hechos ilícitos que se les imputan y que tanto antes como después de ocurridos tales hechos han observado una conducta intachable. Más inhumano aún resulta el mantener privadas de libertad **a personas de avanzada edad o que padecen de graves y dolorosas enfermedades terminales**, como varios militares que en esas condiciones han muerto en la cárcel; sin habérseles permitido pasar sus últimos días de vida en su residencia en compañía de su familia, lo que constituye un acto de crueldad incalificable.[103]

Es preciso reconocer que los militares y carabineros no son un peligro para la sociedad, por cuanto se trata de personas disciplinadas, de orden, de trabajo y de familia, y cuya peligrosidad como reincidentes es inexistente. Más aun si consideramos que los delitos investigados ocurrieron en un contexto social histórico que gravitó muy significativamente en su realización, que actualmente no está presente y que difícilmente se volverá a repetir.

Hay muchos militares condenados a penas perpetuas, propiamente tales o en la práctica, ya sea debido a la avanzada edad de los condenados o a la acumulación de penas. "Las penas perpetuas, fuera de ser intrínsecamente inhumanas, no se dirigen a reeducar al sentenciado, sino a marginarlo definitivamente (inocuizarlo); además, si se pretende justificar esta forma de reacción desde una perspectiva preventiva general, no parece ético instrumentalizar a un sujeto con tal objetivo, convertirlo en un objeto (se cosifica), para lograr resultados que se refieren a los demás. Eso constituye un atentado al mandato constitucional de respetar la dignidad del hombre".[104]

Muchos militares son condenados a una pena de muerte encubierta, considerando su edad, la extensión de la condena y que no les son otorgados beneficios penitenciarios. Últimamente han ingresado a la cárcel varios militares nonagenarios a cumplir penas.

---

[103] Cfr. PAÚL L., Adolfo. Op. cit., *Procesos*, apartado 4 del Anexo L "Vulneración del derecho humanitario".

[104] GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General.* Tomo I. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 45-46.

2.16. Fundamentación de las sentencias

La fundamentación de las sentencias es otro elemento del debido proceso. Los jueces no fundamentan debidamente las sentencias, cuyos considerandos no tienen la entidad para destruir el principio de inocencia ni logran justificar, más allá de toda duda razonable, su decisión de condena. Se dan por probados hechos que no están suficientemente acreditados como para formar convicción del tribunal[105] —por lo que, de acuerdo con el principio pro reo, correspondería absolver al acusado—.[106]

Es posible apreciar que los jueces, en sus sentencias, desestiman las alegaciones de inocencia de los encausados, no analizan sus defensas ni consideran lo expuesto en las contestaciones a la acusación o en otros escritos. Menos aún, consideran el contexto social histórico que se vivía en la época en que ocurrieron los hechos y el grado de culpabilidad de los hechores, que en la mayoría de los casos está muy disminuido o es inexistente.

Son numerosos los casos en que los sentenciadores afirman la calidad de autor de un acusado sin atender a las exigencias que les impone el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, que en su numeral cuarto exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben contener: "*Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta*". Tampoco dan cumplimiento a lo establecido en el numeral cinco de ese mismo artículo, que prosigue: "*Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la*

---

[105] Por ejemplo, tenemos el caso del ministro de fuero Juan Guzmán Tapia, quien por resolución de 29 de enero de 2001 sometió a proceso al senador Augusto Pinochet por estimar que existían fundadas presunciones de que fue autor de los delitos de secuestro y homicidio calificado de 56 personas, y de secuestro calificado de 19 personas, las que se encontrarían en tal condición hasta el día de hoy. "**Lo notable de esa resolución es que en ninguno de sus fundamentos se cita una sola prueba, y ni siquiera un indicio, de la participación como autor de los respectivos hechos del entonces Presidente Pinochet**". PÉREZ DE ARCE Ibieta, Hermógenes. *La verdad del juicio a Pinochet.* El Roble, Santiago, 2001 (2ª ed.), p.11. El desvarío del juez Guzmán lo llevó al extremo de argumentar que ciertas autoridades "dada su investidura no podían ignorar", para justificar el procesamiento de los ministros del Interior en 2005. JULIO Reyes, Humberto. *Hablan los militares. Operaciones de la Agrupación "Este" y de la Escuela de Artillería 1973-1974.* Biblioteca Americana, Santiago, 2006, p.146.

[106] Artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal: "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley" (principio de la "certeza moral condenatoria").

irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”.[107]

En otros casos se pretende fundamentar las sentencias con juicios de valor acerca del contexto histórico que se vivía en la época en que ocurrieron los hechos investigados, absolutamente sesgados e ideologizados y ajenos al mérito de autos. Muchas de ellas pretenden fundamentar las condenas en apreciaciones subjetivas, alejadas de la realidad **y que no fluyen de los hechos acreditados en el proceso**; como aquellas que le atribuyen a las Fuerzas Armadas y de Orden el quiebre del orden institucional y establecen que el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos **masivas y sistemáticas de persecución o exterminio** de grupos de políticos, trabajadores, estudiantes, etc.; **es decir, resulta que un enfrentamiento armado en el que fallecieron una o más personas** —normalmente pertenecientes a algún movimiento guerrillero, subversivo o terrorista— **se convirtió en un genocidio** (*ut supra* 1.1).

Para fundamentar la sentencia no basta con que el sentenciador aduzca o exprese cualquier razón, que motive el acto de cualquier manera. **Las razones que el sentenciador ha de aducir**, para excluir la tacha de arbitrariedad, **tienen que tener** alguna consistencia, **un fundamento objetivo capaz de justificar la decisión y de asegurar para ella el calificativo de racional**.

2.17. Asociaciones ilícitas

El delito de asociación ilícita está establecido en el artículo 292 del Código Penal, que señala: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.

Las afirmaciones que hacen algunos jueces, en el sentido de que ciertos órganos de las Fuerzas Armadas que tradicionalmente han formado parte de la estructura orgánica de dichas instituciones, desde muchísimo tiempo antes del año 1973 (tales como los departamentos de inteligencia —denominados A-2 en la Armada y de un modo similar en las otras instituciones congéneres—, las Comandancias de Área Jurisdiccional de Seguridad Interior —CAJSI— y otros propios de la planificación del control de la seguridad interior durante estados de excepción constitucional) u otros creados posteriormente, tales como la DINA o la CNI, eran asociaciones ilícitas, no tienen asidero alguno, son absurdas, erróneas,

[107] En ocasiones, la Corte Suprema ha invalidado de oficio algunas sentencias que condenaban a militares, debido, precisamente, por no haber sido extendidas en la forma dispuesta por la ley (causal de casación en la forma contemplada en el numeral 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal). Ver, por ejemplo, sentencia Rol 4329-2008.

carentes de toda seriedad y tendenciosas;[108] con una innegable motivación e intencionalidad política, que persigue aumentar la penalidad asignada a los delitos atribuidos a los procesados. Se le atribuye a quienes componían tales organizaciones el carácter de una pandilla o de un grupo de facinerosos que se reunían para delinquir.

En cambio, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) —organización marxista-leninista que promovía la insurrección popular armada y que ejecutaba operaciones de carácter guerrillero y terrorista[109]— fue declarado "empresa" por la Contraloría General de la República,[110] a fin de pagarle pensión

---

[108] Tales afirmaciones son tan absurdas como sería atribuirle el carácter de asociación ilícita para atentar contra los militares, carabineros y policías a una supuesta organización formada por la oficina de DD.HH. del ministerio del Interior, la Subsecretaría de DD.HH., el Instituto Nacional de DD.HH., el Museo de la Memoria, diversas organizaciones no gubernamentales de DD.HH., observatorios de DD.HH. de algunas universidades, congresistas y medios de comunicación afines a sectores de izquierda —y de derecha que "se han dado vuelta la chaqueta"—, brigadas de DD.HH. de la Policía de Investigaciones e, incluso, ministros en visita extraordinaria para casos de DD.HH y algunas salas de los tribunales superiores de justicia.

[109] "**El MIR se organiza para ser la vanguardia marxista-leninista de la clase obrera y capas oprimidas de Chile que buscan la emancipación nacional y social. La finalidad del MIR es el derrocamiento del sistema capitalista y su reemplazo por un gobierno de obreros y campesinos. La destrucción del capitalismo implica un enfrentamiento revolucionario de las clases antagónicas. <u>El MIR fundamenta su acción revolucionaria en el hecho histórico de la lucha de clases</u>. El MIR rechaza la teoría de la 'vía pacífica'** porque desarma políticamente al proletariado y por resultar inaplicable ya que la propia burguesía es la que resistirá, **<u>incluso con la dictadura totalitaria y la guerra civil</u>**, antes de entregar pacíficamente el poder. **Reafirmamos el principio marxista-leninista de que el único camino para derrocar al régimen capitalista es <u>la insurrección popular armada</u>**". Extracto de la Declaración de Principios del M.I.R., aprobada en el Congreso Constituyente de 1965, SANDOVAL Ambiado, Carlos, *M.I.R. (una historia)*, Sociedad Editorial Trabajadores, Santiago, 1990, Tomo I, pp. 131-135. A continuación se transcribe una carta publicada en Correo *La Tercera* Internet, el 2 de julio de 1999, dirigida a un senador, ex "mirista" e integrante de la "Guardia Armada Presidencial" GAP (la que, debido a su ilegalidad —pues sus miembros no pertenecían a Carabineros, institución encargada de la seguridad del Presidente— fue denominada posteriormente, manteniendo la misma sigla GAP, "Grupo de Amigos Personales" de Allende), relacionada con la mayor tragedia ferroviaria ocurrida en la historia de Chile, que dejó 58 muertos y 510 heridos (una colisión de frente de dos trenes en la ruta Santiago-Valparaíso, entre Villa Alemana y Limache, ocurrida el 17 de febrero de 1986, debido a un atentado contra la vía férrea atribuido al MIR realizado anteriormente): "Carta a senador. Señor Carlos Ominami: Me dirijo a usted para narrarle que ya me es imposible vivir con el peso de la conciencia al haber integrado el grupo que usted comandaba y que dinamitó el puente Queronque en la ciudad de Limache, causa directa del accidente ferroviario que ocurrió días después y que causó más de 65 muertos. Antes yo era ateo como usted, pero después de nuestro crimen, Dios tocó mi corazón y es necesario que pidamos perdón al Señor y a los familiares de las víctimas para lograr la paz en lo más íntimo de nuestros corazones. Copia de esta carta estoy enviando al señor obispo de Valparaíso, monseñor Gonzalo Duarte. Wladimir Díaz González, Villa Alemana".

[110] Mediante el dictamen 45.431 del 10 de octubre de 2007. Al respecto, ver FARFÁN, Claudia y POZO, Andrés, "El MIR empresa", revista *UNOFAR* Nº 19, Santiago, primer semestre 2009, pp. 60-63; artículo publicado originalmente en la revista *Qué Pasa*. Hasta donde hemos tenido conocimiento, dicha "empresa" no llevaba contabilidad ni pagaba impuestos. "Siempre he admirado la política de la izquierda. Se creará una lista oficial de personas ligadas a la banda terrorista MIR,

como exonerados políticos a sus "funcionarios" y a su "gerente general", Andrés Pascal Allende. Aunque parece una chanza, lo antedicho es verídico.[111]

2.18. Ficción del "secuestro permanente"

Uno de los atropellos más brutales contra la garantía constitucional de un procedimiento y una investigación racionales y justos —es decir, contra el debido proceso— se comete en aquellos procesos en los que se condena a militares sobre la base de una ficción y no sobre la base de hechos acreditados.

Hasta el día de hoy, ante la vista y paciencia de toda la ciudadanía —que, indolente e impertérrita, observa tamaño disparate— son condenados militares y carabineros ancianos por el delito de "secuestro calificado", sin la más mínima prueba que sugiera la existencia de algún individuo que se halle secuestrado.

Estas inicuas condenas se sustentan en la **alucinante tesis del "secuestro permanente", la que postula que se ha cometido y se sigue cometiendo un secuestro** cuando consta en un proceso la detención o la privación de libertad de un sujeto y no consta en el mismo proceso su muerte o su puesta en libertad, y que al desconocerse su actual paradero se presupone su existencia vital en régimen de secuestro.

Dicha tesis del "secuestro permanente" es una **"ficción[112] jurídica"** —como lo declaró el ministro Alejandro Solís Muñoz en un programa de

considerada, en una enésima ficción de nuestro 'Estado de Derecho', como una 'empresa', con el fin de otorgar a sus empleados un beneficio monetario. Ahora bien, los delitos cometidos por esa asociación ilícita, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria, son delitos contra la humanidad, que no prescriben. ¿Se atreverá alguien a perseguirlos judicialmente?", carta al Director de Cristóbal ORREGO, "Indemnización a miristas", publicada en el diario *El Mercurio*, Santiago, 30 de enero de 2009; en otra carta al Director de ese mismo diario, bajo el mismo epígrafe, publicada el 1 de febrero de 2009, Gonzalo ROJAS Sánchez decía: "Vamos a suponer que Andrés Pascal Allende ha perdido la memoria y, entonces, es bueno ayudarle a recordar ciertos dichos y ciertos hechos. Su empresa, el MIR, especificó su giro en al menos 39 oportunidades entre 1965 y 1973: el uso de la lucha armada como estrategia revolucionaria, según palabras del propio Pascal en la revista 'Ercilla' de septiembre de 1969. Era la visión y misión de la empresa. Su empresa, el MIR, realizó al menos 127 actos de violencia entre 1965 y 1973: asesinatos, secuestros y torturas de civiles y uniformados, colocación de bombas, asaltos a bancos y armerías, etc.".

[111] Pensamos que el dictamen de la Contraloría es impropio para un país serio. Nos parece algo peor y más grave que la resolución del Servicio de Impuestos Internos que dictaminó que el pago de sobresueldos en billetes que recibieron los ministros, subsecretarios y otras autoridades de gobierno no son tributables. Cfr. Oficio de Director del Servicio de Impuestos Internos a Sr. Ministro del Interior, de fecha 2 de diciembre de 2002, ANT. Oficio reservado Nº 379, de fecha 20 de noviembre del 2002, del Ministerio del Interior; "Texto de la resolución del SII sobre caso de sobresueldos" y "Oposición rechaza informe del SII por no tributación de sobresueldos", en Emol Chile, *El Mercurio* en internet, 4 de diciembre de 2002.

televisión—[113] mediante la cual **se condena a personas que han sido imputadas de un supuesto delito del que no ha sido acreditada su existencia**; haciendo caso omiso de lo establecido en el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal: "La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario".

Atentan contra la racionalidad, el buen criterio, la verdad y el sentido común, aquellas resoluciones judiciales que establecen que una determinada persona permanece secuestrada desde el año 1973 hasta la fecha actual, en circunstancias que, además del largo tiempo transcurrido, no hay prueba alguna que indique que ello sea efectivo.

Así, habiendo transcurrido más de cuatro décadas de ocurridos los supuestos hechos delictivos, son innumerables las sentencias en las que los jueces, sin haber acreditado el delito —en forma descarada y sin el más leve asomo de rubor, contrariando la verdad y el sentido común, pues todo el mundo sabe que es mentira— dictan sentencias condenatorias por el delito de "secuestro calificado", tales como la dictada recientemente por el ministro Alejandro Madrid Croharé, que dice: "**siendo retenida en contra de su voluntad a partir del 13 de septiembre de 1973, prolongándose esta situación hasta el día de hoy**".[114]

Este absurdo razonamiento llega a extremos increíbles, como cuando los jueces dictaminan que el "secuestro" está siendo cometido por personas que al momento de dictación de la sentencia se hallan privadas de libertad, recluidas en un penal cumpliendo otras condenas; o cuando en el mismo proceso hay pruebas que acreditan el fallecimiento del "secuestrado"; o en otros casos en los que se llega a conclusiones demenciales, tales como en el del "sacerdote"[115] Michael

[112] Ficción: Cosa, hecho o suceso fingido o inventado, que es producto de la imaginación. Según el dccionario de la RAE: Dar a entender algo que no es cierto. Dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene.

[113] En respuesta a una pregunta que le hiciera el abogado Hermógenes Pérez de Arce Ibieta durante el programa de TVN "El informante" el 11 de agosto de 2015. Dicho exministro instructor de procesos sobre violación de derechos humanos manifestó que sobre la base de la "ficción jurídica" del "secuestro permanente" había dictaminado en sus sentencias condenatorias que como tales delitos se seguían cometiendo hasta el momento de la sentencia eran "inamnistiables" e "imprescriptibles"; y que dichas sentencias fueron confirmadas por la Corte de Apelaciones y por la Corte Suprema. Dicho ministro reconoce que se ha inventado una ficción que permite condenar a prisión a exmilitares que combatieron el extremismo en Chile, por supuestos delitos que no han sido acreditados y que están prescritos y amnistiados. Así, han sido apresados ancianos octogenarios y enfermos catalogándolos como un peligro para la sociedad.

[114] Considerando 17º, sentencia de fecha 9 de febrero de 2017, Rol 2182, Eltit Spielmann (*ut supra* 1.5).

[115] El señor Michael Woodward había renunciado al sacerdocio para dedicarse a actividades revolucionarias. Cfr. BRIGNARDELLO Valdivia, Andrés. *La Iglesia Olvidada; La Teología de la Liberación en Valparaíso*, editorial Puntángeles, Valparaíso, 2010.

Woodward, en el que la ministro en visita extraordinaria estableció en el auto de procesamiento que el supuesto secuestrado "fue privado de su libertad de desplazamiento sin derecho, **manteniéndosele bajo detención o encierro en recintos de la Armada, lo que se ha prolongado desde el mes de septiembre de 1973 hasta la época actual**, sin que se conozca su paradero o sus restos hayan sido encontrados".[116]

No es razonable dar por secuestrada a una persona que estuvo detenida porque no ha sido ubicada o no ha sido localizado su cadáver, después de cuatro décadas desde la fecha en que se dejó de tener noticias de ella. Falta la verosimilitud de la persistencia de la situación ilícita dado el tiempo transcurrido y el contexto en que se produjo la desaparición de un sujeto. La circunstancia de que tantos años después continúe ignorándose de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que fue privado de su vida o que está en libertad, pero no secuestrado.

Esta tesis tiene dos efectos prácticos: el primero es que sustrae a los hechos constitutivos de delito de la esfera de aplicación de la ley de amnistía, porque cronológicamente han salido del límite de tiempo establecido en dicha ley. **El segundo es que impide la aplicación de la prescripción de la acción penal**, porque según los jueces en un secuestro el delito "se está consumando". Ellos confunden (a sabiendas o por mala fe) el concepto de consumación del delito —que corresponde al momento en que se realizan todos los elementos del tipo penal y a partir del cual debe comenzar a contarse el plazo de prescripción— con el de permanencia del comportamiento delictivo.

El delito de "secuestro calificado" —que es el que se les imputa a los procesados— se consuma desde el mismo momento en que se llegó al día noventa y uno a contar del comienzo del encierro o de la detención. Desde ese momento se debe comenzar a contar el plazo de prescripción. Y, si los noventa días que el sujeto estuvo detenido o encerrado caen dentro del período cubierto por la ley de amnistía, ésta debe ser aplicada.

El delito de secuestro calificado se consuma a los noventa días. El artículo 141 del Código Penal vigente en la época de comisión de los ilícitos investigados, y que es el que se les aplica a los procesados por "secuestro permanente" —no obstante que el que corresponde aplicar es el de detención ilegal del artículo 148; delito cometido por los empleados públicos— tipificaba el delito de secuestro de la siguiente manera:

---

[116] Auto de procesamiento de fecha 18 de abril de 2008, dictado en la causa Rol 140.454 por doña Eliana Victoria Quezada Muñoz, ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en calidad de Ministro en Visita Extraordinaria.

"El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados. En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito. Si el encierro o la detención se prolongare por más de noventa días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados".

El secuestro es un delito de ejecución permanente, de modo que hablar de "secuestro permanente" es una redundancia. No corresponde predicar el adjetivo "permanente" respecto del sustantivo "secuestro". El uso de tal adjetivo solo tiene sentido si se predica del sustantivo "delito". La concepción de "delito permanente" se contrapone a la noción de "delito instantáneo". Por lo demás, hablar de "secuestro permanente" supone la posibilidad de hablar de "secuestro no permanente".

Consumar, según el diccionario, es *llevar a cabo totalmente algo*. Así, entonces, tenemos que la consumación de un delito corresponde al momento en el cual se produce la completa realización del tipo penal; esto es, el momento en el cual el comportamiento ilícito satisface totalmente la descripción legal del hecho punible. Por consumación se entiende en la doctrina el momento en que se realizan todos los elementos del tipo.

En los delitos permanentes lo permanente no es la consumación, sino la ejecución del comportamiento delictivo. La consumación del delito de secuestro calificado se produce cuando la detención o encierro completa los noventa días de duración o si de tal encierro o detención resultaren daños graves en la persona o intereses del encerrado o detenido. Esto es, para la tipificación y sanción del hecho punible denominado "secuestro calificado", basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días; siendo, en consecuencia, irrelevante para la procedencia del delito y la pena el tiempo posterior que transcurra; puesto que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento en que se llegó al día noventa y uno. Lo permanente en esta figura penal no es la consumación; lo permanente del delito es la prolongación del comportamiento o conducta del sujeto activo que mantiene y hace perdurar el estado de privación de libertad.

De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente —el momento en que se consuma el delito de secuestro calificado— dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan. Así, si el período de la detención o encierro estuvo dentro del período de tiempo abarcado por la ley de amnistía (D.L. 2191 de 1978), ésta debe ser aplicada. Y, para efectos de la cuenta

del plazo de prescripción de la acción penal, éste debe comenzar a contarse desde el día en que se consumó el delito de secuestro calificado.

Si con posterioridad a la fecha de consumación del delito apareciera el secuestrado; si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes sobre concurso de delitos.

Una cosa es que el secuestro tenga la característica de delito de ejecución permanente —al igual que otros tales como la usurpación, la violación de morada o el manejo en estado de ebriedad— y otra muy distinta es la elemental exigencia de que la permanencia de la vulneración jurídica debe ser probada en el proceso, como todos los demás elementos del delito. Debe acreditarse el hecho punible, es decir, primero, un secuestro; y, segundo, que él permanece. Si no se prueban ambas cosas, no hay delito ni puede haber juicio.

El tipo penal del delito de secuestro exige que el secuestrado se encuentre vivo —dejando de ser secuestro tan pronto fallece el secuestrado— situación que jamás ha sido investigada ni discutida en juicio. Los hechos probados en la causa deben guardar la necesaria correspondencia y suficiencia con el preciso tipo penal invocado, no pudiendo faltar en la prueba elemento alguno de la figura penal atribuida al acusado; en el caso del secuestro, la vida del secuestrado.

Con esta tesis del "secuestro permanente", por otra parte, se invierte el peso de la prueba, desplazándola desde el acusador —que es quien debe probar los elementos del delito— hacia el acusado; y se da el absurdo de que los procesados o condenados, aun estando privados de libertad, estarían cometiendo el delito de secuestro. Y como normalmente nunca se podrá probar un hecho negativo (que no se tiene secuestrado a alguien) o la inocencia (la que, por lo demás, debe presumirse) o el fin del secuestro, éste se transforma en un delito inextinguible: una vez cumplida su condena y como el delito aún se está cometiendo, el "secuestrador" sería nuevamente procesado y condenado, y así, sucesiva e interminablemente.

El fundamento de todo proceso penal es la existencia del hecho punible —según el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal: "La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal"—. **Sin embargo, ante ninguno de los jueces que conocen causas por "secuestro permanente" se ha rendido prueba alguna que sugiera la existencia de algún individuo permanentemente secuestrado**. Más aún, las pruebas en contrario son múltiples, y tanto los jueces como la ciudadanía entera saben que eso es una mentira y que tales hechos punibles son inexistentes. Fingirlos es solo un ardid

destinado a eludir la aplicación de leyes vigentes, como la amnistía y la prescripción.

Al señalar en sus sentencias que la víctima permanece secuestrada, **los jueces atropellan la norma del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal que exige, para condenar, la convicción del juez de que se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.** La convicción es una realidad subjetiva, pero no un arbitrio que pueda carecer de sustento lógico y racional o de sentido común. El sentenciador debe estar convencido de que lo sentenciado es la verdad, más allá de toda duda razonable. El juez debe llegar a la plena convicción del secuestro, y dicha convicción no debe simplemente afirmar que "tuvo lugar un secuestro", sino que hay que llegar a la completa convicción de que dicho secuestro se sigue perpetrando.

Evidentemente, ningún juez de la República puede tener la convicción de que las víctimas están vivas y que siguen secuestradas. Las sentencias que así lo establecen son aberraciones; verdaderas monstruosidades judiciales que por donde se las mire no constituyen justicia sino venganza.

Los jueces que procesan o condenan por secuestro utilizan el siguiente razonamiento falso: no han sido encontrados los restos de fulano y, por lo tanto, está vivo; y como no ha sido visto circulando por las calles ni se ha presentado a las autoridades quiere decir que está secuestrado. El mismo argumento falaz podría utilizarse en sentido contrario: si fulano no ha sido encontrado vivo, quiere decir que está muerto y, por lo tanto, no está secuestrado.

En los procesos seguidos contra militares y carabineros por el delito de "secuestro permanente" no sólo se está faltando a la lógica y a la verdad —con sentencias inicuas, que presumen como verdadero lo que es falso—, sino que se están quebrando la juridicidad y el Estado de Derecho.

Si los jueces han podido llegar a la verdadera "convicción" de una inveracidad, los ciudadanos probablemente ya no sabremos qué esperar cuando nos sometamos a su jurisdicción.

Sentencias inicuas, que presumen como verdadero lo que es falso, no solo atentan contra la juridicidad y el Estado de Derecho, sino que **desprestigian a la judicatura y al sistema legal**.

En relación con este tema del secuestro, cabría referirnos a **otro atropello cometido por nuestros tribunales de justicia. Nos referimos a la tipificación de los delitos de secuestro y de detención ilegal**.

Existe en nuestra legislación penal una figura privilegiada que afecta a los funcionarios públicos, en cuya virtud aquellos que ilegalmente priven de libertad a terceras personas no caen dentro de la tipificación de secuestro, sino que dentro de la tipificación de detención ilegal.

El "secuestro" está tipificado en el artículo 141 del Código Penal, dentro del párrafo "crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares"; mientras que **la "detención ilegal" lo está en el artículo 148** "de los agravios **inferidos por funcionarios públicos** a los derechos garantidos por la Constitución". **Por lo anterior, y de acuerdo con el principio de legalidad, ningún miembro de las instituciones armadas o de orden —dada su calidad de funcionario público— debería ser procesado por el delito de secuestro**; delito que, por lo demás, **tiene asignadas penas mucho más severas** que el de detención ilegal.

Para procesarlos por secuestro, **los jueces argumentan que el privilegio de la detención ilegal solo cobra sentido en cuanto el funcionario público guarda una directa relación con el aparato institucional de privación de libertad**. Si no lo está, no debe tratarse como funcionario público a efecto de detención ilegal, **sino que tiene que aplicarse la figura de secuestro**. En palabras simples, si el Director de Obras de una Municipalidad detiene a un tercero, no tiene que gozar del privilegio de la detención ilegal, sino que tendría que aplicarse el delito de secuestro, porque no tiene ninguna vinculación su carácter de funcionario público con el mecanismo institucional. Eso haría decaer la razón para aplicarle el privilegio. **Esta es una interpretación dogmáticamente correcta, es una interpretación técnicamente impecable, solo que tiene un problema: el principio de legalidad**.

El principio de legalidad es la primera pregunta que debe hacerse para afirmar si la condena a un determinado sujeto es legítima o no. Pues bien, el artículo 148 establece: "*Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena…*". **La ley dice "todo empleado público"** y cuando la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir. Por lo demás, el sentido de la ley es claro, de modo que —según la norma de interpretación de la ley del artículo 19 del Código Civil— no se debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Por tanto, tenemos que entender que el funcionario público tiene acceso a ese privilegio de la detención ilegal.

Algunos jueces hacen una interpretación aún más peregrina: que el militar o carabinero detuvo a cierta persona sin una orden judicial y que, por lo tanto, actuó como un particular. **Un sujeto no pierde su naturaleza de funcionario**

público por el hecho de actuar sin la orden de una autoridad competente o por ejecutar un acto ilegal. En eso consiste, precisamente, el delito conocido como "detención ilegal".

Lo curioso en relación con este tema es la incoherencia que demuestran los jueces al calificar inicialmente a los imputados **como particulares, para efectos de su enjuiciamiento y penalización** —más elevada— y, posteriormente, **como agentes del Estado para efectos de cobrar una indemnización pecuniaria al Estado**.

La aplicación errónea de la ley penal, entre ellas la calificación equivocada del delito, **es una causal de casación en el fondo; es decir, una causal de nulidad**.

En otros juicios, los jueces califican como secuestro a un homicidio, existiendo en el proceso numerosos indicios, suficientes como para constituir plena prueba de éste; incluso, en ocasiones, el homicidio está plenamente acreditado en autos. **Sin embargo, los jueces, contumazmente, insisten en calificarlo como "secuestro" a fin de justificar la no aplicación de la ley de amnistía o de la prescripción de la acción penal**.

Aunque **esta justificación está algo demodé, pues** durante los últimos años los jueces creativos e imaginativos descubrieron que **los "delitos de lesa humanidad" ya estaban vigentes en Chile desde antes del año 1973**; delitos que son "imprescriptibles e inamnistiables", falacia que comentaremos más adelante.

2.19. Tratados internacionales e incorporación al ordenamiento jurídico interno

Nuestros tribunales de justicia, en los procesos sobre violación de derechos humanos, le aplican a los militares, errónea y abusivamente, convenciones o tratados internacionales que no estaban vigentes en Chile en la época en que ocurrieron los supuestos hechos delictivos o que no son aplicables a los hechos investigados [117] —atropellando gravísimamente los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal— y, por otra parte, dejan de aplicarle instrumentos internacionales que los benefician y que sí son aplicables.

---

[117] Tales como la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" (que fue suscrita por Chile el 26 de noviembre de 1968, pero aún no ha sido ratificada) o el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", que entró en vigor en Chile el 1 de septiembre de 2009. **Hay jueces que fundan sus resoluciones en los Convenios de Ginebra y en sus protocolos adicionales, los que no son aplicables** por cuanto no se dieron en Chile los supuestos de hecho de una guerra interna o conflicto armado no internacional y respecto de las cuales obligan sus disposiciones. **Por otra parte, los referidos convenios no contemplan la imprescriptibilidad de los delitos ni prohíben la aplicación de amnistías**.

Los tratados internacionales no son fuentes directas en derecho interno. Ellos requieren ser incorporados a nuestro ordenamiento jurídico mediante los trámites legislativos de rigor y la dictación de las leyes que fueren pertinentes; especialmente cuando en dichos tratados se dispone o recomienda incorporar determinados delitos a la legislación penal interna. Los diversos tratados internacionales de derechos humanos no establecen tipos penales ni su penalidad, sino que solo dan pautas para su debida tipificación.[118]

Los catálogos de tipos penales contemplados en los diversos convenios internacionales deben, necesariamente, para satisfacer el principio de legalidad, ser incorporados a las legislaciones internas de los Estados.

Un requisito para la vigencia de un tratado internacional en nuestro derecho interno es su debida ratificación. El artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que "el tratado entra en vigor desde que existe constancia que los Estados pactantes han expresado su voluntad de obligarse", lo que se produce normalmente con el canje de ratificaciones o depósito de las adhesiones.[119]

La Constitución Política de la República —la Carta Fundamental o "ley de leyes"—, que tiene su origen en la soberanía nacional,[120] **es la única norma jurídica habilitada para determinar la existencia de otras normas en el ordenamiento jurídico nacional**; así como para decidir acerca de la validez y de la aplicabilidad de normas jurídicas distintas de aquellas previstas directamente por el ordenamiento soberano.

Por ello **las normas procedentes del Derecho Internacional solo**

[118] Por ejemplo, la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas** establece en su artículo III: "***Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales*, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, *y a imponerle una pena apropiada* *que tenga en cuenta su extrema gravedad***". Esta Convención fue adoptada por la asamblea general de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 y entró en vigor en Chile el 24 de febrero de 2010. La Convención no establece ningún tipo penal según las exigencias del principio de legalidad, sino que describe la figura que deberá contener el tipo penal de la desaparición forzada de personas y, como una secuencia lógica, exige a los Estados partes la sanción de ese tipo penal según sus procedimientos constitucionales, para poder otorgar a los Estados jurisdicción sobre el mismo.

[119] La ratificación es el acto por el cual los Estados pactantes expresan, en el ámbito internacional, su consentimiento en obligarse por el tratado, y el canje de ratificaciones y depósitos de las adhesiones no son sino modalidades reconocidas por el derecho internacional para dar a conocer formalmente la voluntad de obligarse.

[120] "*La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece*". Constitución Política de la República de Chile, artículo 5º, inciso 1.

disfrutan de validez en la medida que la Constitución lo decide y siempre que las primeras no contradigan los contenidos normativos de la Carta Fundamental. La Constitución precisa la posibilidad y el alcance de la remisión al Derecho Internacional, los órganos autorizados para realizarla, los procedimientos que deben seguirse y los controles destinados a asegurar el cumplimiento de sus previsiones. La Carta Fundamental determina el proceso de integración o incorporación de la norma internacional al ordenamiento jurídico interno, lo que una vez concretado convierte a la norma internacional en norma internamente aplicable.

Nuestra Carta Fundamental se refiere a la incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico interno en sus artículos 32 N° 15, 54 N° 1 y 93 Nº 6. En virtud de tales preceptos constitucionales, los tratados internacionales se entienden válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico nacional cuando han sido negociados y firmados por el Presidente de la República, aprobados por el Congreso Nacional —utilizando para ello el trámite formal de las leyes— y, una vez sorteado el control preventivo de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional, ratificados por el Presidente de la República y publicados en el Diario Oficial.

De manera que **mientras no se cumplan estos trámites, el tratado no es parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, no puede ser invocado en juicio**. Puede sostenerse así que la Constitución no fundamenta la validez de la norma internacional, sino que solo su aplicabilidad. Las normas internacionales solo pueden ser aplicadas una vez incorporadas al derecho interno; caso en el que la Constitución hace suya la norma internacional, así como las normas que de ella puedan derivarse, en los términos y condiciones establecidos en el tratado correspondiente.[121]

---

[121] Hay sentencias que fundamentan sus fallos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vigente en Chile a contar del 29 de abril de 1989); en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948; y en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas Nº 3074, de fecha 3 de diciembre de 1973, que establece principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad.

Hay otras convenciones sobre protección de derechos humanos, tales como:

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta convención fue ratificada por Chile el 3 de junio de 1953 y entró en vigencia el 11 de diciembre de ese mismo año. Esta convención aún no ha sido aplicada en los casos sobre violaciones de derechos humanos. Al respecto cabría señalar que tanto la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (en el "Informe Rettig") como la justicia británica en el caso Pinochet no encontraron en lo realizado durante el gobierno militar ninguna relación con el genocidio.

Convenciones contra la tortura. Hay dos convenciones sobre esta materia, las que entraron en vigencia en Chile muchos años después de ocurridos los hechos que les son imputados como delitos

Las normas de Derecho Internacional, integradas en el ordenamiento jurídico interno, forman parte del derecho chileno con el mismo título que cualesquiera de las normas elaboradas a través de los cauces de producción normativa regulados en la Carta Fundamental. En consecuencia, deben entenderse como tratados vigentes en Chile todos aquellos ratificados por nuestro país y que mantengan ese vigor según el derecho internacional.

A través de la incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico nacional, el Estado compromete su soberanía, al obligarse a aplicar y dar eficacia jurídica interna a la norma internacional incorporada. **En aquellos casos en los que un tratado internacional afecte materias constitucionales, su aprobación debe realizarse previa reforma constitucional**, con los quórum exigidos para tal efecto;[122] como ocurrió en el caso de la aprobación del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional.[123]

La normativa internacional tiene serias carencias en relación con el principio de legalidad que rige lo penal, pues no satisfacen a cabalidad las exigencias de tipicidad y pena previas, jurídicamente indispensables para fundar el uso de la fuerza punitiva.

En conclusión podemos decir que en virtud de nuestra soberanía nacional y del principio de supremacía constitucional, **no existe norma de tratado internacional alguno que esté por sobre nuestra Carta Fundamental, que es la Ley Suprema**. **Si alguna norma de un convenio internacional es obligatoria para Chile, lo es porque ella fue voluntariamente aceptada e incorporada por el Estado de Chile a su derecho interno**, siguiendo para ello el trámite formal de las leyes, según los procedimientos establecidos en la Constitución.

2.20. Tratados internacionales y artículo 5º de la Constitución

En relación con este tema de los tratados internacionales y la Constitución, cabría hacer algunos alcances respecto al sentido del inciso segundo del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental, que dice: "*El ejercicio de la soberanía reconoce*

---

a los militares, de modo que no les pueden ser aplicadas: a) "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", que entró en vigor en Chile el 26 de noviembre de 1988; b) "Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura", que entró en vigencia en Chile el 26 de diciembre de 1988.

[122] Tres quintas partes, en cada Cámara, de los diputados y senadores en ejercicio; y de las dos terceras partes, si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV.

[123] "Ley 20.352. Artículo único. Introdúcese la siguiente disposición transitoria VIGÉSIMOCUARTA, nueva, en la Constitución Política de la República: **El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional** en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte".

como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".[124]

En cuanto a la vigencia de los tratados internacionales en nuestro derecho interno, ya nos hemos referido a ello en el apartado precedente.

En cuanto a la fuerza y jerarquía normativa de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos cabría señalar que, **sobre la base del precitado inciso segundo del artículo 5º**, incorporado en la reforma constitucional del año 1989, **ha surgido una corriente doctrinaria que propugna que tales tratados han adquirido rango constitucional**; doctrina que ha sido aplicada en numerosas sentencias recaídas en causas sobre violación de derechos humanos.

Quienes sostienen tal interpretación —la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos— **se basan en la expresión "así como",** empleada en la oración final del referido inciso, que significaría "de la misma manera". De este modo, la Constitución colocaría a dichos tratados en un mismo nivel jerárquico que los derechos garantizados por nuestra Ley Fundamental.

Sin embargo, lo razonable es entender la expresión citada como referida a la palabra "garantizados", con lo que la lectura correcta del texto sería: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución y garantizados de la misma manera por los tratados internacionales". Aún más, para corroborar que este es el sentido correcto de la expresión, pensemos si el texto hubiese dicho: "**Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución, así como por las leyes de la República**". **Ello no hubiese implicado, en ningún caso, que las leyes tengan la misma jerarquía normativa que la Constitución**.[125]

En relación con este tema, Alejandro Silva Bascuñán ha señalado: "En la Comisión Ortúzar sostuvimos que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas

[124] REPÚBLICA DE CHILE. *Constitución Política de la República de Chile. Citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancia, índice temático*. LexisNexis, Santiago, octava edición, actualizada al 25 de enero de 2008.

[125] TÉLLEZ Soto, Claudia. "Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. IX, diciembre 1998, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, pp. 179-190.

que se dicten dentro del Estado, de manera entonces que **debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales**”.[126]

Por otra parte, darle en nuestro derecho interno rango constitucional a estos tratados atenta contra el mecanismo de reforma de la Constitución. Por ello el Tribunal Constitucional sostiene la tesis de la supremacía de la Carta Fundamental en el caso de Clodomiro Almeyda, que en lo pertinente afirmó: "Que la prevalencia, en el orden interno de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, **ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus arts. 116 al 118**. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en los casos excepcionales en que la propia Constitución establezca lo contrario".[127]

Es realmente sorprendente que los jueces pretendan justificar la aplicación de tratados que no están vigentes en Chile —o que no lo estaban en la época de ocurrencia de los hechos— **invocando el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política; en circunstancias de que dicho precepto se refiere al respeto y promoción de derechos garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**.

Peor aun, al aplicar tratados internacionales no incorporados a nuestro derecho interno o normas de la costumbre internacional u otras que no satisfacen el principio de legalidad, **los jueces atropellan, precisamente, dicho precepto**; **al vulnerar los derechos humanos de los militares garantizados por la Constitución y por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**, los que están obligados a respetar y a promover.

Además, resulta sospechoso que los jueces solo invoquen aquellos preceptos que perjudican a los militares y no aquellos que los favorecen; tales como los principios de legalidad y de igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, la cosa juzgada y, en general, las garantías judiciales o normas del debido proceso establecidas en tratados internacionales de derechos humanos vigentes.

---

[126] SILVA Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Jurídica de Chile, Tomo IV, La Constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral. Santiago, 1997, p.124.

[127] TÉLLEZ Soto, Claudia. Op. cit.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos protegen, entre otros, los siguientes derechos humanos: a la vida; a la integridad personal; a la libertad personal; a las garantías judiciales; al principio de legalidad y de no retroactividad de la ley penal; a la protección de la honra y de la dignidad; a la protección de la familia; a la igualdad ante la ley; a la protección judicial.

Los jueces, a fin de no aplicarle a los militares la amnistía y la prescripción y así poder condenarlos sea como sea, invocan equivocadamente diversos instrumentos internacionales, haciendo una interpretación errónea y abusiva de ellos, atropellando groseramente garantías constitucionales y normas legales de nuestro derecho interno; especialmente el principio de legalidad que, como hemos visto, es esencial en el derecho penal.

El artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, en su inciso segundo, acepta que los derechos que emanan de la esencia de la naturaleza humana puedan limitar el ejercicio de la soberanía, **pero se refiere expresamente a los derechos que garantiza la Constitución o los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile**. En consecuencia, **queda excluida la costumbre internacional**, de manera que aunque tal costumbre existiera, no puede aplicarse como limitante de soberanía en el derecho interno chileno; precisamente **porque no ha sido incorporada al derecho interno**, acorde con lo dispuesto en la Constitución, especialmente en su artículo 54.

Dicho artículo no autoriza la aplicación de tratados que no se encuentran vigentes, menos aun de normas de una supuesta costumbre internacional o de *ius cogens* o la "conciencia jurídica universal", como lo hacen numerosas sentencias, **ni deroga, en caso alguno, las garantías que la Carta Fundamental asegura a todas las personas** en el Capítulo III, que se refiere a los derechos y deberes constitucionales, **tales como el principio de legalidad** y el de irretroactividad de la ley penal; que están reconocidos no solo en nuestra Carta Fundamental, sino que en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Las normas de los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 5º de la Constitución Política **complementan las garantías constitucionales** y legales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico y, **en ningún caso, pueden implicar una merma en los derechos humanos** de nuestros conciudadanos militares. Los tratados internacionales no pueden afectar los derechos humanos **garantizados en la legislación interna**, como lo son los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y del debido proceso.

En virtud del principio de supremacía constitucional, no existe norma

de tratado internacional alguno que esté por sobre nuestra Carta Fundamental, que es la Ley Suprema. Solo las normas de aquellos tratados que son ratificados por el Congreso Nacional —siguiendo los mismos trámites que se requieren para la aprobación de una ley—, quedan incorporadas a nuestro orden jurídico interno.

Interpretando equivocadamente el artículo 5º de la Constitución, los tribunales han dictaminado que los tratados internacionales tienen rango constitucional, que prevalecen sobre el ordenamiento jurídico interno **y que deben ser aplicados aunque Chile no los haya ratificado** o no hayan estado vigentes en la época en que ocurrieron los supuestos hechos delictivos que les son imputados a los militares; **en virtud de la costumbre internacional y de unas supuestas normas de *ius cogens***, pasando a llevar olímpicamente la supremacía constitucional y el principio de legalidad.

Los tribunales **interpretan torcida y abusivamente** el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Ley Suprema y pasan a llevar garantías y derechos humanos fundamentales. **La vulneración de tales derechos es propio de países bárbaros o de regímenes totalitarios**.

2.21. Convenios de Ginebra

Los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, constituyen una serie de normas internacionales para humanizar la guerra. Están compuestos por cuatro convenciones y tres protocolos adicionales.[128]

Los jueces que fundamentan sus resoluciones en los Convenios de Ginebra y en sus protocolos adicionales hacen una errónea aplicación de tales instrumentos internacionales.

---

[128] **Los Convenios de Ginebra son**: Convenio I. Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; Convenio II. Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; Convenio III. Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV. Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Protocolo I. Relativo a la protección de la víctimas de los conflictos armados internacionales; **Protocolo II. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional**; Protocolo III. Relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional. Los cuatro Convenios de Ginebra fueron ratificados por Chile el 12 de octubre de 1950 y entraron en vigencia en forma diferida, los días 17, 17, 18 y 19 de abril de 1951, respectivamente. Los protocolos adicionales I y II fueron adoptados el 12 de diciembre de 1977, ratificados en 24 de abril de 1991 y entraron en vigencia el 28 de octubre de 1991 (decreto promulgatorio Nº 752, del M.RR.EE., de 1991, publicado en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1991). El Protocolo Adicional III fue adoptado en Ginebra el 8 de diciembre de 2005, ratificado el 6 de julio de 2009, promulgado por Decreto 152, del M.RR.EE., de 29 septiembre 2009, publicado en el Diario Oficial el 6 de enero de 2010.

Los **Convenios de Ginebra no son aplicables por cuanto en el caso chileno no se dieron los supuestos de hecho de una guerra interna o de un conflicto armado no internacional, respecto de los cuales obligan sus disposiciones**.

Al respecto, **el Protocolo Adicional II** a los Convenios de Ginebra —relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional— establece que **se aplicará a los conflictos**

> "*que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable,* ***ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal*** *que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. El presente Protocolo* ***no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados***".

Ninguna fuerza con dominio de parte del territorio nacional y con mando responsable capaz de asumir por su parte las obligaciones de Ginebra se enfrentó a la ocupación del país por las Fuerzas Armadas de Chile, como lo exigen los Convenios de Ginebra para hacerlos aplicables.

Quienes postulan que en Chile existió una guerra interna o un conflicto armado sin carácter internacional —condición necesaria para hacer aplicables los Convenios— se apoyan en el **Decreto Ley Nº 5** del 12 de septiembre de 1973, que declaró **"que el estado de sitio decretado por conmoción interna,** en las circunstancias que vive el país, **debe entenderse 'estado o tiempo de guerra' para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo** que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los demás efectos de dicha legislación".

Evidentemente, la expresión **"estado o tiempo de guerra"** se trataba de una ficción legal para efectos de **aumentar la penalidad de los infractores;** que no era el reflejo de la realidad experimentada en esa época, **en que no hubo cuerpos armados que bajo una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, disponiendo cada bando de algún territorio,** que son las condiciones de aplicabilidad de los Convenios de Ginebra.

Una guerra civil —o un "conflicto armado sin carácter internacional", como la define el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra— es un hecho, existe o no existe; importa su realidad, no lo que alguien diga sobre esa realidad. **El decreto no dice que existe "tiempo de guerra",** sino que tal concepto debe entenderse para efectos de la aplicación de la penalidad de tal

tiempo. **Solo a un jurista nuestro se le puede ocurrir la peregrina idea de que una guerra civil o "conflicto armado sin carácter internacional" se crea por decreto, cualquiera que sea la verdad de las cosas**.

Si bien no existió una guerra interna en el modo en que se determina en dichos Convenios, ella sí existió, en los hechos, para los militares en acción en esa época; quienes debieron actuar como si estuviesen en guerra y que fueron víctimas de numerosos ataques y atentados con armas y explosivos contra sus personas y contra instalaciones militares y policiales; presenciaron bombardeos; obedecieron bandos; supieron de sentencias emanadas de Tribunales de Guerra y ejecutaron las sentencias que éstos, según las oportunidades y lugares, habían dictado; presenciaron ejecuciones *in situ* y muertes en fuga de prisioneros; sufrieron la aplicación de la penalidad militar y tuvieron un enemigo definido por el mando. Éstas y otras circunstancias de hecho, históricamente concurrentes, no pudieron sino hacer sentir a cada militar que *estaba en guerra*, condicionando su opción frente a las órdenes en cada caso recibidas. Las referidas circunstancias tienen una especial relevancia para efectos de determinar la culpabilidad penal; las que desgraciadamente no son consideradas por los jueces, quienes juzgan a los militares como si los hechos hubiesen ocurrido en una situación de plena normalidad institucional. Lamentablemente, en el fragor de la lucha se abandona la sensatez y las cosas no ocurren como quisiéramos que ocurriesen.

Por lo demás, los protocolos adicionales I y II entraron en vigor en Chile en el año 1991.

Evidentemente, la situación ocurrida en Chile en el año 1973 no puede ser calificada como un conflicto armado internacional. Sin embargo, hay sentencias que aplican disposiciones propias del régimen jurídico de los **conflictos armados internacionales** [129] **en materia de infracciones graves**; calificación jurídica

[129] Artículos 129, 130 y 131 **del Convenio III** y 146, 147 y 148 **del Convenio IV**, que se refieren a Aplicación del Convenio, Disposiciones Generales. A continuación se copian los artículos 129, 130 y 131 del Convenio III, cuyos textos se repiten en los artículos 146, 147 y 148 del Convenio IV:

"Artículo 129 - Sanciones penales. I. Generalidades

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las **oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente**.

Cada una de las Partes Contratantes **tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales**, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Partes Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente

inexistente en el artículo 3 común[130] a los cuatro Convenios y que se refieren a los conflictos armados que no son de índole internacional. Así, a través de una errónea interpretación de las disposiciones de los Convenios de Ginebra, se vulnera abiertamente el principio de legalidad, **sujetando a los inculpados a un tipo penal inaplicable en un conflicto armado interno**, como es el de las infracciones graves. [131]

Convenio.
Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del presente Convenio.
Artículo 130 - II. Infracciones graves
Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.
Artículo 131 - III. Responsabilidades de las Partes Contratantes
Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las **infracciones previstas en el artículo anterior**".

[130] **Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra**
Artículo 3. Conflictos no internacionales
En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:
1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.
A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:
a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
b) la toma de rehenes;
c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.
Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.
La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

[131] Cfr. SALINAS Burgos, Hernán. "Principio de legalidad y derechos humanos", diario *El Mercurio*, Santiago, 5 de febrero de 2005 y "El principio de la legalidad y el Derecho Internacional

Algunas sentencias sostienen que los Convenios de Ginebra prohíben las amnistías, lo que no es efectivo; por el contrario, las recomiendan como un medio de pacificación interna —como una medida de apaciguamiento político y como instrumento para afianzar la paz social después que han ocurrido situaciones caóticas en los países—.[132] Lo que sí prohíben son las **autoamnistías**; entendidas éstas en el sentido de que **ningún Estado puede exonerarse de las responsabilidades en que haya incurrido él mismo a causa de las infracciones graves** contempladas en dichos convenios.[133]

Hay fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema **que se niegan a aplicar la amnistía fundados en los Convenios de Ginebra** y en una mala apreciación de las circunstancias, presumiendo que en Chile existió un estado de guerra civil —conflictos armados sin carácter internacional, como los llama dicha Convención— **pero sin embargo**, a pesar de sostenerlo, **se niegan a aplicar el Protocolo II adicional** relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, que establece:

> "***A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible*** *a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*".

O sea, **los jueces aplican el estado de guerra interna para llamar a los convenios de Ginebra a la mesa, pero no para aplicar la amnistía**.

Las normas relativas a la interpretación de los tratados, que siempre deben cumplirse de buena fe, no pueden conducir a negar eficacia jurídica a las disposiciones citadas, y, en definitiva ignorarlas. **Más antijurídico aún resulta, frente a todas ellas, afirmar que los convenios de Ginebra prohíben aplicar la amnistía y también la prescripción. Nada en aquellos lo establece ni puede lícitamente interpretarse contra su texto expreso.**

Nuestros tribunales invocan los Convenios de Ginebra, pero tampoco consideran lo dispuesto en el Protocolo II adicional, que en su artículo 3 establece:

---

en juicios sobre violaciones a derechos humanos", revista *Realidad* Nº 93, Santiago, abril de 2005, pp. 8-11.

[132] **El protocolo II adicional** relativo a la protección de las víctimas de los **conflictos armados sin carácter internacional** establece, como una medida de apaciguamiento político y como instrumento para afianzar la paz social después que han ocurrido situaciones caóticas en los países: "***A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible*** *a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*".

[133] Artículo 131 del Convenio III y 148 del Convenio 4.

"**Artículo 3. No intervención**. 1. **No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado** o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos; 2. **No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir**, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o **en los asuntos internos** o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto".

Innumerables sentencias sostienen que **el Derecho Internacional impone** sobre el estado de derecho interno, y sobre los tribunales obligados a fallar en derecho, **la obligación de declarar imprescriptibles los crímenes y delitos calificados acorde a un peculiar concepto de guerra, que no cuadra con la de los Convenios de Ginebra**. Pero como en éstos **no existe norma alguna que prohíba la prescripción —ni tampoco la amnistía—,** se suele recurrir a una figura o ficción absolutamente antijurídica.

Al respecto, algunas sentencias argumentan que **las infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra deben considerarse como crímenes de guerra bajo el Derecho Internacional; esto es, delitos de lesa humanidad en sentido amplio**,[134] sometidos al mismo régimen jurídico del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, en sentido estricto; ahora contemplados en el artículo 7 del Estatuto de Roma y en la ley 20.357 que tipificó esa categoría de delitos en Chile; ley que entró en vigor el 18 de julio de 2009. **Es decir, en el año 1973 ya habrían existido en el ordenamiento jurídico chileno los "delitos de lesa humanidad" imprescriptibles**; razón por la que el principio de legalidad no sería atropellado cuando hechos cometidos en el año 1973 son calificados por los jueces como "delitos de lesa humanidad".

Esta interpretación no resiste mayor análisis. Como es bien sabido, **en materia penal no existe la interpretación** por analogía, o la interpretación extensiva o "**en sentido amplio**". Por lo demás, **no existe norma alguna en los Convenios de Ginebra que pueda ser interpretada como una prohibición de la amnistía o de la prescripción de la acción penal**.

2.22. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad

La "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" es invocada en numerosas sentencias para fundamentar las condenas, no obstante que no está vigente en Chile.

[134] *Ut supra* 1.9.

Esta Convención fue suscrita por Chile el 26 de noviembre de 1968, **pero aún no ha sido ratificada**. Su ratificación se halla en trámite en el Congreso Nacional. **Carece absolutamente de sentido adherirse a esta Convención**, por cuanto las obligaciones establecidas en ella están contenidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la ley 20.357.

Esta Convención **no es jurídicamente vinculante para Chile, pues no la ha ratificado**. Otro tanto han decidido casi dos tercios de los Estados existentes en el planeta. En efecto, **de los 198 Estados independientes, solamente 54 Estados la han ratificado y 144 no lo han hecho**.

No obstante, diversas sentencias condenatorias dictadas por tribunales chilenos la citan, al igual que la Corte Interamericana; **y luego, por una ficción carente de toda juridicidad, la suponen creadora de una norma de costumbre internacional**. Es decir, **suponen que una tercera parte de los Estados independientes le imponen a los dos tercios restantes, como supuesta costumbre internacional, un tratado que no han ratificado**.

Por otra parte, esta Convención es incompatible **con disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**; especialmente con aquella norma de su artículo 1 que establece: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, **cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido**".[135]

Esta Convención no debe ser aplicada; no solo por no estar en vigor en Chile, sino que por lo establecido en el número 2 del artículo 24 del Estatuto de Roma que dice: "**De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena**". Y, precisamente, el Estatuto de Roma y la ley 20.357 modificaron el derecho aplicable y establecieron una disposición más favorable a las personas objeto de la

[135] "Artículo I: **Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido**:
a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

investigación, el enjuiciamiento o la condena; **al señalar que el carácter de delitos de lesa humanidad solo se aplicará a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigencia de tales estatutos; es decir, a contar del año 2009**.

Los jueces reconocen en sus sentencias que esta Convención no ha sido ratificada por Chile, **pero que como principio de *ius cogens* forma parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre leyes internas y su cumplimiento es obligatorio para el Estado, pues su fuerza emana de su carácter consuetudinario.**

2.23. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado el 17 de julio de 1998, en Roma, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Entró en vigor el 1 de julio de 2002 (y, para Chile, el 1 de septiembre de 2009).

Este es otro convenio internacional aplicado en algunas sentencias, no obstante que él entró en vigencia en Chile el 1 de septiembre de 2009, muchos años después de ocurridos los hechos ilícitos que se investigan; **de modo que no puede ser aplicado en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal**. Y no solo por eso, sino que por disponerlo así, expresamente, el propio Estatuto de Roma en su artículo 24 y, además, por lo establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[136]

Este Estatuto define, en su **artículo 7**, los "crímenes de lesa humanidad": aquellas conductas tipificadas como asesinato, exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género; desaparición forzada de personas; apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, "*cuando se cometan como parte de un* ***ataque generalizado o sistemático contra una población civil*** *y con*

[136] "***28. Irretroactividad de los tratados.*** *Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*".

conocimiento de dicho ataque". En términos similares a los del Tratado de Roma los define la ley 20.357, que es la que rige esta clase de delitos en Chile.

Los artículos del Estatuto, que se indican a continuación, establecen:

"**Artículo 11**: ***Competencia temporal.*** 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

Artículo 22: ***Nullum crimen sine lege.*** 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23: ***Nulla poena sine lege.*** Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24: ***Irretroactividad ratione personae.*** 1. **Nadie será personalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor**. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Artículo 29: ***Imprescriptibilidad.*** Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

2.24. Delitos de lesa humanidad

Uno de los mayores atentados cometidos por los tribunales contra el **principio de legalidad es la calificación de "delitos de lesa humanidad"** a hechos ocurridos antes del 18 de julio de 2009, fecha de entrada en vigor de la ley 20.357 que estableció en Chile tal categoría de delitos y que no puede ser aplicada retroactivamente.[137]

Gracias a este ardid y **en virtud de que los "delitos de lesa humanidad" tienen el carácter de imprescriptibles**, los tribunales admiten a tramitación

[137] **Ley 20.357. "Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra",** publicada en el *Diario Oficial* el 18 de julio de 2009. "**Artículo 40.** La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben. **Artículo 44.** Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, **las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia**".

querellas y someten a proceso, hasta el día de hoy, a personas que son imputadas por hechos ocurridos hace más de cuarenta años, **que están absolutamente prescritos**.

Los jueces califican tales hechos como delitos de lesa humanidad a fin de no aplicarle a los militares las normas relativas a la prescripción de la acción penal, las que sí les son aplicadas a los guerrilleros y terroristas.[138]

Para que los delitos sean calificados como de lesa humanidad deben cumplir con los requisitos establecidos en el **Estatuto de Roma**, los que fueron tipificados en Chile por la **ley Nº 20.357**, que establece: "**Constituyen crímenes de lesa humanidad** los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurran las siguientes circunstancias: 1º **Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil**".

Los delitos de lesa humanidad fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 20.357. Según dicha ley son delitos de lesa humanidad aquellas conductas tipificadas como asesinato, exterminio, desaparición forzada de personas y otros delitos graves cuando se cometan "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil". Dicha ley, que le atribuyó a tales delitos el carácter de imprescriptibles, dice expresamente: "**las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia**".

Para que un comportamiento lesivo sea considerado "delito de lesa humanidad" debe cumplir con los requisitos de ese tipo penal —tipo penal es la descripción precisa de la conducta prohibida, a la que se le asigna una pena o sanción; si una conducta humana no se ajusta al tipo penal vigente, no puede considerarse delito por el juez— siendo el principal de ellos "**que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil**"; es decir, contra grupos humanos enteros desarmados y ajenos a un conflicto (contra personas que no participen directamente en las hostilidades).

---

[138] Por ejemplo, al presidente del Partido Comunista y actual diputado Guillermo Teillier, en la querella presentada por viudas de los escoltas asesinados durante el atentado contra el presidente Pinochet el 7 de septiembre de 1986. "Suprema: No se indagará a diputado Teillier por la muerte de escoltas en atentado a Pinochet. **El máximo tribunal consideró que se trata de un homicidio calificado de carácter terrorista y no de un crimen de lesa humanidad, por lo que la acción penal quedó prescrita**", diario *La Segunda*, 3 de junio de 2014". "Corte Suprema descarta investigar al presidente del PC por atentado a Pinochet. Se estima extinguida la responsabilidad penal que la parte querellante le atribuye al diputado Teillier, esto por considerar el atentado como delitos comunes, homicidio calificado y no un atentado contra los derechos humanos", diario *La Tercera*, 3 de junio de 2014

Los hechos delictivos que les son imputados a los militares no cumplen con los precitados requisitos del tipo penal, pues no fueron cometidos "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil". Las acciones de represión o los ataques de las fuerzas de seguridad del Estado durante la época del Gobierno Militar no fueron generalizados o sistemáticos contra una población civil, sino que contra combatientes armados y entrenados militarmente que actuaban según el concepto, las reglas y el método de la guerra revolucionaria o de la insurrección popular armada; es decir, contra personas determinadas o grupos específicos armados que llevaban a efecto una cruenta guerra subversiva. Los terroristas y guerrilleros urbanos o rurales no eran "población civil", sino que combatientes de un ejército irregular vestidos de civil que estaban dispuestos a matar y a morir por la revolución y que cayeron dentro del marco de la guerra subversiva, lo que es muy diferente.

Los actos de violencia esporádicos o aislados cometidos por personas en forma independiente o los actos delictivos ejecutados por miembros de organismos de seguridad del Estado, excediendo el celo debido en la represión de personas específicas que realizaban acciones terroristas, o atentados tales como el perpetrado contra el Jefe del Estado en el año 1986 en el que perdieron la vida cinco de sus escoltas, tampoco caen dentro de la categoría de lesa humanidad, por mucho que tales delitos sean absolutamente repudiables.

Como parte de la estrategia de persecución político-judicial contra todo uniformado que haya estado en actividad durante la época de la guerra subversiva que tuvo lugar a partir del 11 de septiembre de 1973 —y una consiguiente glorificación o victimización de quienes participaron en el MIR, en el FPMR, en el MAPU-Lautaro y en otros movimientos guerrilleros o terroristas—, **se acuñó la idea de que los crímenes cometidos por los militares son "delitos de lesa humanidad**", con lo que se quiere disfrazar una política ideologizada y revanchista, **y se dice que tales delitos son imprescriptibles, inamnistiables e inindultables**; en circunstancias que no existen normas de derecho interno ni de derecho internacional que prohíban dictar o aplicar amnistías, o de restringir los indultos o los beneficios penitenciarios a cierta calidad de personas.

Según lo dispuesto en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal y artículos 93 y 94 del Código Penal, **todo delito cometido hace más de quince años está legalmente prescrito. Los únicos delitos que tienen el carácter de imprescriptible en Chile son los "de lesa humanidad"**, que fueron establecidos por la **ley 20.357**, la que solo es aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia, el **18 de julio de 2009**. Por lo tanto y **de acuerdo con los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal** —*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*— **ningún delito cometido con anterioridad a dicha fecha puede legalmente ser calificado como de lesa**

humanidad.

No obstante, atropellando descarada e impunemente tales principios esenciales del derecho penal y cometiendo el delito de prevaricación —al fallar contra leyes expresas y vigentes—, los jueces que tramitan causas de derechos humanos califican en sus sentencias los hechos investigados como "delitos de lesa humanidad". Pero eso no es todo; además sostienen que "**tratándose de crímenes de lesa humanidad, aparte de no aplicarse la prescripción, tampoco estos delitos son amnistiables**". Lo cierto es que no existe ni ley interna ni tratado internacional alguno que establezca que tales delitos son inamnistiables, ni siquiera aquellos que se refieren específicamente a los delitos de lesa humanidad. Ninguna convención internacional prohíbe la dictación o la aplicación de amnistías; por el contrario, las recomiendan como medida de apaciguamiento político y como instrumento para afianzar la paz social después que han ocurrido situaciones caóticas en los países. Una norma que prohibiese las amnistías sería una norma que prohibiría el perdón entre hermanos; como la que está contemplada en el proyecto de reforma constitucional actualmente en trámite en el Congreso Nacional que establece la imprescriptibilidad, la inamnistiabilidad y la prohibición de conceder indultos o cualquier otro beneficio alternativo, penitenciario o de cualquier naturaleza a los autores de ciertos delitos (boletín 9748-07).

A la iniquidad cometida por los tribunales de justicia al aceptar a tramitación querellas contra militares por delitos absolutamente prescritos se le suma otra: **la de ser juzgados con el antiguo sistema de procedimiento penal inquisitivo** que, como veremos más adelante, no respeta las reglas del debido proceso y que es, por lo tanto, inconstitucional y contrario a disposiciones establecidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Los hechos que les son imputados a los procesados, como hemos visto, no cumplen con los requisitos del tipo penal para calificarlos como de lesa humanidad y, si los cumplieran, de acuerdo con los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal —principios esenciales del derecho penal— no podrían ser perseguidos, por cuanto la ley 20.357 que tipifica y penaliza tales delitos solo está vigente en Chile a contar del año 2009.

En efecto, la categoría de lesa humanidad, para calificar ciertos delitos, no existía en nuestro orden jurídico penal antes del 18 de julio de 2009, razón por la que en virtud del **principio de legalidad** no pueden ser calificados como "delitos de lesa humanidad" hechos ocurridos con anterioridad a esa fecha; puesto que **solo la ley puede crear figuras delictivas y determinar sus penas**, y que los hechos atribuidos a los imputados solo pueden sancionarse como determinados delitos

siempre que hayan sido establecidos con anterioridad a la época en que ellos ocurrieron.

Sin embargo, con el propósito de acomodar los hechos a dicha situación y ajustarse a la norma, hay sentencias que emiten juicios aventurados, de naturaleza política, que ni están acreditados en el proceso ni se avienen con la realidad de los hechos, tales como el siguiente: "**el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas**, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, **persecución o exterminio** de un grupo de numerosos compatriotas".[139]

Cabe preguntarse entonces: ¿cómo pueden imputarse a los militares delitos de lesa humanidad?, ¿cómo se pueden aplicar leyes aprobadas *ex post facto* a hechos ocurridos en los años 70, sin violar los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal?

Los querellantes y los jueces en las causas de derechos humanos **fundamentan tal desatino** echando mano a convenciones internacionales que no están vigentes en Chile o que no lo estaban en la época en que ocurrieron los hechos que les son imputados a los militares —lo que vulnera gravísimamente los principios de legalidad, de no retroactividad de la ley penal y de tipicidad— o **argumentando que según normas de *ius cogens* o de la costumbre internacional eran conocidas las relativas a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad y éstas son las que deben aplicarse**.

Si, según los jueces, **los delitos de lesa humanidad ya eran imprescriptibles e inamnistiables en los años 70**, por supuestas normas que no satisfacen el principio de legalidad: **¿por qué fue necesario inventar la alucinante ficción del secuestro permanente** a fin de soslayar la aplicación de la ley de amnistía y de las normas sobre prescripción de la acción penal?

Las normas que rigen en Chile la prescripción de la acción penal son muy claras. Lamentablemente la mayoría de los jueces no las cumplen —cometiendo el delito de prevaricación, al fallar contra leyes expresas y vigentes— y acogen a tramitación querellas por delitos que están absolutamente prescritos. **No obstante, algunos ministros de Corte o abogados integrantes, en sus votos de minoría, exponen las razones por las cuales la institución de la prescripción sí debe ser aplicada**.

[139] Por ejemplo, en la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema en el caso "Episodio Rudy Cárcamo Ruiz", Rol Nº 288-2012, considerando 31º (*ut supra* 1.1). Este mismo texto, transcrito textualmente o con algunas variantes, es repetido en una infinidad de sentencias.

Finalmente cabría hacer presente que actualmente, estimuladas por poderosos incentivos económicos, **actualmente están siendo interpuestas cientos de querellas por supuestos apremios ilegítimos** ocurridos hace mas de cuarenta años, que no han dejado secuelas y que obviamente no pueden ser debidamente acreditados, salvo por declaraciones de los propios denunciantes o de testigos interesados o mendaces. **Dichas querellas están siendo admitidas a tramitación por jueces que consideran que tales apremios constituyen delitos de lesa humanidad**.

Extender retroactivamente la prohibición de favorecer con la prescripción de la acción penal a hechos o situaciones muy anteriores a la vigencia de la ley 20.357, **es fallar contra ley expresa y vigente, violación especialmente inicua en materia penal**.

2.25. Sentencias de tribunales extranjeros que aplican rectamente el principio de irretroactividad de la ley penal

Diversas resoluciones judiciales de países extranjeros han señalado que **la calificación de delito de lesa humanidad solo puede ser aplicada a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la legislación que tipifica tales delitos**. Así, por ejemplo, la correspondiente al auto de procesamiento en el juicio seguido contra Osvaldo Romo y 16 personas más por la desaparición de ciudadanos franceses, dictada por la Corte de Apelaciones de París, estableció:

> "Bajo el imperio del antiguo Código Penal, **sólo los crímenes contra la humanidad perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial podían ser procesados con fundamento en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg** anexado al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. **Las nuevas calificaciones de crímenes contra la humanidad**, estipuladas en los artículos (...) **del nuevo Código Penal, entrado en vigor el 1 de marzo de 1994, no son aplicables a estos hechos de conformidad con el principio constitucional de no retroactividad de la Ley Penal**".[140]

Hay otras resoluciones similares de las Cortes Supremas de Justicia de Italia y de Uruguay.[141]

Hay otros casos de tribunales de España, Italia y Estados Unidos que **han negado la extradición** a Argentina **de militares a los que se los ha acusado de la comisión de "delitos de lesa humanidad"**, por considerar que los mismos **constituyen figuras inexistentes, toda vez que la norma que los establece, el Estatuto de Roma, no estaba vigente en el momento de la comisión de los**

[140] Sobre esta resolución judicial y otras similares de Italia y Uruguay, ver PAÚL L., Adolfo. Op. Cit. *Procesos*, pp. 153-160.

[141] Ibid.

hechos que se les imputan, por lo que se les estaría aplicando la norma en forma retroactiva.

Por ejemplo, los casos del coronel Jorge Pedro Wagner; del teniente coronel Carlos Luis Malatto, y del teniente de navío Guillermo Roberto Bravo. Una fuente argentina cita, al respecto:

(1) Madrid, 23 Septiembre (EFE). La Audiencia Nacional ha rechazado extraditar al ex militar argentino Jorge Pedro Rodolfo Wagner, detenido en marzo en Madrid en cumplimiento de una reclamación de su país que pedía su entrega por delitos de genocidio y torturas durante la Dictadura argentina (1976-1983). **La sección tercera de lo Penal ha considerado que los hechos que se le imputan habrían prescrito** y tampoco serían constitutivos de un delito de genocidio (que nunca prescribe) porque ello exige la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, requisito que no se aprecia en "la identificación de las personas afectadas". **La Sala tampoco ve viable acusarle por un delito de lesa humanidad** —referido al ataque sistemático contra la población civil—, **porque esa figura delictiva fue introducida en España en 2003, una fecha "muy posterior" a los hechos que se le imputan, y no puede aplicarse de forma retroactiva**;

(2) Septiembre del 2013. La Corte Suprema Di Cassazione (Italia), deniega la extradición del Teniente Coronel Carlos Luis Malatto por razones similares a las señaladas en el caso Wagner;

(3) Caso Roberto Guillermo Bravo. Tribunal del Distrito Sur de Florida EEUU. Deniega la extradición por prescripción y falta de pruebas.

2.26. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

En una gran cantidad de casos, nuestros tribunales de justicia han apoyado sus fallos condenatorios en sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en la del caso Almonacid Arellano Vs. Chile, de fecha 26 de septiembre de 2006 (*ut supra* 1.11).

Esta Corte, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un organismo creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que entró en vigor en Chile el 5 de enero de 1991. Esta Convención establece diversos principios destinados a preservar los derechos esenciales del hombre —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— en forma complementaria de la que ofrece el derecho interno de cada Estado americano.[142]

[142] **La Convención Interamericana de Derechos Humanos es un tratado vinculante para el Estado de Chile**, que es parte de él, y que reconoció la competencia de la Corte solo para hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. **La Convención reitera, en su artículo 2, la remisión al derecho interno del Estado**: "Artículo 2. Deber de adoptar

El Gobierno de Chile **le concedió competencia a la Corte** Interamericana de Derechos Humanos para conocer solo sobre aquellos **hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990**.[143]

En efecto, al ratificar la Convención, Chile estableció la siguiente reserva: "el Gobierno de Chile deja constancia que **los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990**".

A este respecto, cabría señalar que esta reserva es redundante, por cuanto el **artículo 28 de la Convención de Viena** sobre el Derecho de los Tratados establece:

> "***Irretroactividad de los tratados***. *Las disposiciones de un tratado* ***no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado*** *para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*".

---

disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, **los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales** y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". **Asimismo, reconoce los principios jurídicos esenciales del derecho penal** y los beneficios procesales y penales de toda persona en la sustentación de cualquier acusación formulada contra ella, lo que incluye los beneficios de la prescripción y de la amnistía.

[143] Decreto 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991: APRUEBA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, DENOMINADA "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA". PATRICIO AYLWIN AZOCAR, Presidente de la República. POR CUANTO, con fecha 22 de noviembre de 1969 el Gobierno de Chile suscribió en la ciudad de San José, Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". Y POR CUANTO, dicha Convención ha sido aceptada por mí, previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 458, del Honorable Senado, de fecha 14 de Agosto de 1990; y el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990, con la siguiente declaración "a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención. b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la **interpretación y aplicación de esta Convención** de conformidad con lo que dispone su artículo 62. Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que **los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990**".

Por lo anterior, debemos entender que el único propósito que Chile tuvo para establecer tal reserva fue el de **evitar la ocurrencia de un abuso de competencia por parte de la Corte**, como ocurrió en el caso Almonacid, a la que ya nos referimos en el apartado 1.11.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 26 de septiembre de 2006, dictó un fallo en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, en el cual **condena al Estado de Chile por la aplicación de la ley de amnistía** (D.L. 2191 de 1978) por parte de un tribunal de la República. En él se expresa que **el homicidio de Luis Almonacid**, ocurrido el 16 de septiembre de 1973, **es un crimen de lesa humanidad y por lo tanto no puede ser favorecido con tal institución ni tampoco con la prescripción ni con la cosa juzgada ni con el principio de irretroactividad de la ley penal**.

Lo cierto es que la Convención no limita, en ningún caso, las facultades del Estado para dictar leyes de amnistía o para otorgar indultos u otros beneficios a los condenados, **ni impide la aplicación de las normas sobre prescripción de la acción penal, de la cosa juzgada, del principio de legalidad** u otras propias del derecho penal universal; por el contrario, las considera dentro del catálogo de derechos humanos protegidos por ella.

La sentencia señala que **la amnistía** a los responsables de delitos de lesa humanidad **es incompatible con la letra y con el espíritu de la Convención Americana (sin señalar cuál sería la norma de la Convención que las prohíbe)**. Pero lo más increíble de dicha sentencia es la afirmación que hace en el sentido de que **la resolución chilena que aplicó la amnistía fue dictada después del mes de enero de 1991, por la que es de su plena competencia**.

Evidentemente **un fallo tal, dictado fuera del ámbito de competencia de la Corte Interamericana, carece de toda validez y, por lo tanto, no es vinculante para el Estado de Chile**. Por otra parte, debemos considerar que Chile tiene una larga tradición de respeto al derecho y, por consiguiente, no tiene obligación de respetar ni obedecer lo que es contrario a derecho.

Aunque artificialmente se quisiera ampliar la competencia de la Corte, los hechos a que hace referencia en su fallo quedan fuera de su jurisdicción; careciendo de toda base jurídica el hecho de que el fallo en que se aplicó la amnistía sea posterior a la entrada en vigencia del Tratado, ya que **los hechos se juzgan y fallan de acuerdo con la legislación vigente a la fecha de ocurridos, siendo indiferente los años que éste demore en dictarse**, salvo que en dicho lapso se dicte una ley más favorable, la que el tribunal estaría obligada a aplicar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de exceder su competencia y de desconocer una declaración soberana de Chile, en su sentencia del caso Almonacid **intervino en un asunto de jurisdicción interna de nuestro país** y, por tanto, violó el Derecho Internacional, afectando la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.[144]

El artículo 76 de la Constitución Política de la República señala:

> "***La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley****. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*".

Lo anterior es reafirmado por los artículos primero y quinto del Código Orgánico de Tribunales.

Por lo tanto, para que el Estado de Chile pueda renunciar aunque sea a una mínima parte de su facultad exclusiva de conocer y fallar las causas, se hace necesaria una reforma constitucional que así expresamente lo establezca. Esa fue la razón por la cual **hubo que introducirle una reforma a la Constitución** para poder adherir al **Tratado de Roma** de la Corte Penal Internacional.

No ocurrió así durante el trámite de aprobación en el Congreso Nacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en que **no fue necesario modificar la Constitución, puesto que a la Corte Interamericana se le reconoció jurisdicción solo** respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención; **careciendo por ende de competencia para inmiscuirse en las causas civiles o criminales en tramitación o falladas por los tribunales chilenos** y, en general, sobre cualquier hecho acaecido en el territorio nacional.

El artículo 29 de la Convención establece que ninguna disposición de ella puede ser interpretada en el sentido de "**limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes** o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

---

[144] Cfr. SALINAS Burgos, Hernán, "Un fallo con exceso de poder", diario *El Mercurio*, Santiago, 26 de octubre de 2006.

No existe antecedente alguno en el articulado de la Convención **respecto a que los Estados se encuentren inhibidos**, en uso de sus facultades soberanas, **para perdonar la trasgresión a alguno de los derechos reconocidos en ella**, ya sea mediante una ley de amnistía o un indulto, **y que los tribunales no puedan aplicar dicha amnistía o la prescripción en las causas que conocen.** Tampoco hay referencia alguna a los **crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad,** los que son materia de otros tratados.

Por lo tanto la Corte, al referirse en su fallo a la amnistía, a la prescripción, a la cosa juzgada y a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal, en relación con supuestos crímenes de lesa humanidad, excede absolutamente de su competencia.

En relación con la referida sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid, cabría formular una precisión: **se ha dicho que tal sentencia le ordena al Estado de Chile revocar o anular la ley de amnistía. Ello no es efectivo**: lo que sí dispone, en su parte resolutiva, es:

> "*5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley Nº 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables.*[145]
> *6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley Nº 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile*".

El Estado de Chile cumple perfectamente con lo anterior —investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos—, **sin necesidad de dejar de aplicar el D.L. 2191** actualmente vigente, pues, como

---

[145] "**En los informes de cumplimiento de sentencia remitidos por el Estado a la CIDH** entre los años 2007 al 2010, **se informó que se dejaron sin efecto las resoluciones y sentencias** que sobreseyeron la causa **por homicidio del Sr. Almonacid, en virtud de la aplicación del Decreto Ley Nº 2.191**, remitiéndose el expediente a la Justicia Ordinaria y **decretándose en octubre de 2007 la reapertura de la investigación**, para lo cual se designó por la Corte de Apelaciones de Rancagua a un Ministro en visita extraordinaria. El 18 de agosto de 2011 se dictó sentencia definitiva de primera instancia en la que se condenó a Raúl Neveu Cortesi como autor del delito de homicidio simple, a la pena de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales, concediéndosele el beneficio de libertad vigilada previsto en la Ley Nº 18.216. El 14 de enero de 2013 la Corte de Apelaciones de Rancagua resolvió la apelación deducida confirmando la sentencia de primera instancia, **haciendo especialmente presente la no procedencia de las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada**". IVANSCHITZ Boudeguer, Bárbara, "Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile", revista *Estudios Constitucionales*, año 11, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2013, pp. 303-306.

hemos visto, dicha ley establece una amnistía "impropia"[146] la que **no impide investigar, determinar y sancionar a los responsables de los delitos**.

Otras sentencias, para fundamentar la no aplicación de la Ley de Amnistía, señalan que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la amnistía, lo que es falso. Por el contrario, la Convención establece: "Toda persona condenada a muerte **tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena**, los cuales **podrán ser concedidos en todos los casos**".[147] Ahora, si una persona sentenciada con la pena máxima tiene derecho a solicitar tales beneficios: ¿por qué no tendrían ese derecho personas con sentencias más benignas? En el mismo sentido discurre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[148]

A nuestro juicio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos **está haciendo una costumbre el excederse en sus atribuciones** y de apartarse del claro sentido del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **propendiendo a imponer una agenda ideológica particular que no respeta el texto de la propia Convención** ni el legítimo margen de apreciación de los Estados; **tratando de actuar como supremo legislador**. La Corte debe limitarse a lo que el derecho expresa y no a lo que el intérprete desea. **Los criterios ideológicos aplicados por los jueces están minando la legitimidad de la Corte Interamericana**.

Esto último ha quedado plenamente de manifiesto en la sentencia del **caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (Fecundación in Vitro)***, de fecha 20 de diciembre de 2012 —**en la que el tribunal llega a la conclusión de que el embrión humano no es persona y que no tiene derecho a la vida**—[149] y, anteriormente, en el fallo del **caso Atala, en el que la Corte abundó en argumentos en pro de reconocer como familia a las uniones homosexuales**. Esto ha llevado al profesor Hernán Corral a plantearse "la interrogante de si no

[146] En doctrina, se distinguen dos clases de amnistía, según sea la oportunidad procesal de su aplicación: la **propia** y la **impropia**. La diferencia entre ambas clases de amnistía reside en el momento procesal en el que debe decretarse: ya sea antes o una vez terminada la investigación y determinados los responsables del delito. La propia tiene lugar antes de que se pronuncie sentencia firme, y es causa de extinción de la acción penal; la impropia interviene pasada esa fase y extingue la pena.

[147] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4 Nº 6.

[148] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6 Nº 4.

[149] "Si se aplican las conclusiones a las que llega la Corte, a saber, que **el embrión humano no es persona, que no tiene derecho a la vida** y que la concepción se produce no con la fecundación sino con la anidación del huevo fecundado en el útero materno, existe un riesgo cierto y fundado de que leyes y sentencias de tribunales chilenos que protegen la vida naciente sean condenadas e invalidadas". CORRAL, Hernán, "El debate que abrió el polémico fallo de la CIDH", diario *El Mercurio*, Santiago, 6 de enero de 2013.

será necesario que Chile denuncie la jurisdicción de esta Corte para proteger más y mejor los derechos humanos de todos”.[150]

Hay quienes han opinado que las simples discrepancias no pueden conducir a la denuncia de los tratados, que el derecho no funciona así. “Sin embargo, el Derecho Internacional sí funciona así. Los jueces interamericanos no están sujetos a un sistema de pesos y contrapesos como el que existe a nivel interno entre los tres poderes del Estado. El único contrapeso que tienen es el

---

[150] CORRAL T., Hernán. “Corte Interamericana y derecho a la vida del concebido”, diario *El Mercurio*, Santiago, 29 de diciembre de 2012. Al respecto, Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, en un artículo titulado “Cuando la prepotencia se viste de derecho”, diario *El Mercurio*, Santiago, 30 de diciembre de 2012, dice: “Hasta ahora el derecho había sido entendido siempre como una defensa del débil frente a las agresiones de los poderosos, normalmente del Estado y sus organismos. En el último tiempo, en cambio, una parte de los jueces parece haber hecho suyas una serie de ideologías que presentan las más graves violaciones de derechos humanos como si fueran expresión del legítimo derecho de un grupo de personas. Ahora, en cambio, las mayores violaciones a los derechos humanos (comenzando por el derecho a la vida del no nacido) se visten de derechos: derechos reproductivos, derecho a disponer del propio cuerpo, derecho a la autonomía, etc. El poderoso, entonces, ocupa el lugar del derecho y desde allí oprime con facilidad al débil. Ya Marx había advertido sobre esta siniestra posibilidad, que ahora vemos realizada”. Resulta curioso que las mismas personas que se oponen a la aplicación de la amnistía a los militares —pero que no ponen objeciones a las que les fueron otorgadas a guerrilleros y terroristas— apoyen entusiastamente las amnistías concedidas en los recientes acuerdos de paz en Colombia a los guerrilleros de las FARC que cometieron miles de asesinatos y otros gravísimos crímenes. También resulta curioso que quienes se dicen defensores de los derechos humanos sean fervientes partidarios de los abortos directos, a fin de asesinar al hijo que una madre lleva en su vientre. Recientemente Chile se sumó al listado de países que han regresado a la barbarie, mediante una ley denominada eufemísticamente “despenalización del aborto en tres causales”, que es una engañifa para abrirle la puerta a todo tipo de abortos, pues en la práctica otorga el “derecho” a un aborto libre y legal. Se trata de disfrazar la naturaleza criminal del aborto bajo la máscara de un sedicente derecho y con expresiones tales como “interrupción del embarazo”. Es “**la dictadura cultural de lo políticamente correcto**”, como nos lo explica Juan Manuel de Prada en su reciente obra titulada *La nueva tiranía. El sentido común frente al Matrix progre.* **Para despenalizar el aborto en ciertos casos habría bastado agregar un par de líneas en los artículos 344 y 345 del Código Penal**. Por lo demás, no era necesario legislar para autorizar el aborto “en caso de riesgo vital” de la madre, pues ello es tan absurdo como legislar para despenalizar aquellos abortos que se producen como resultado de un accidente de tránsito sufrido por una mujer embarazada. En efecto, aquellos abortos que se producen como consecuencia indeseada de un tratamiento médico o de una intervención quirúrgica o curativa sobre el cuerpo de la madre, cuya realización sea imprescindible e impostergable **son “abortos indirectos”, los que no estaban penalizados por la ley ni son reprochables moralmente**. Los que la ley prohibía eran los “abortos directos” —según el artículo 119 del Código Sanitario que regía antes de la promulgación de la “ley de aborto”— que son aquellas acciones deliberadas que buscan intencionalmente suprimir la existencia del *nasciturus*; de un nuevo ser, distinto de la madre, que se gesta en su seno. Se trata de un ataque directo a la vida de una persona inocente e indefensa, como ocurre con los abortos impropiamente denominados “terapéuticos”; que utilizan métodos tan terapéuticos como el desmembramiento o descuartizamiento, el envenenamiento o la trepanación del cráneo del *nasciturus*. Los “abortos indirectos” no son reprochables moralmente por el principio del doble efecto: cuando una acción única produce dos efectos; uno bueno, emanado directamente de la acción, y otro malo, no deseado y derivado indirectamente de la acción (el mismo que se aplica, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa).

temor de que los Estados se retiren del sistema. **Es por ello que la Corte Europea, a diferencia de la nuestra, evita endiosarse a sí misma: se mantiene dentro de los límites señalados por su propia Convención**, y otorga a los Estados un margen de apreciación en los temas legítimamente discutibles".[151]

La Corte Interamericana no solo ha declarado, arbitrariamente y sin sustento jurídico válido alguno, **que los delitos cometidos por militares son de lesa humanidad**, que no pueden ser ni amnistiados ni declarados prescritos; sino que **ha pasado a llevar la facultad exclusiva de nuestros tribunales de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado**.

Un corolario lamentable de este caso es que **la Corte Suprema acogió la antijuridicidad** y ordenó reabrir la causa del caso Almonacid en la que había sido aplicada la ley de amnistía, atropellando la autoridad de cosa juzgada. Lo mismo ocurrió en el otro centenar de casos en los que la ley de amnistía le había sido aplicada a militares. Los casos muchísimo más numerosos en los que dicha ley le fue aplicada a guerrilleros y terroristas que cometieron gravísimos crímenes han permanecido intocados.

No obstante que la Corte Interamericana de Derechos Humanos **no tiene facultades para intervenir en asuntos de jurisdicción interna** ni para interferir en atribuciones soberanas del Estado de Chile, atropellando el principio de supremacía constitucional y los derechos y garantías que nuestra Carta Fundamental establece, **nuestra Corte Suprema de Justicia,** encontrando que el criterio de la Corte Interamericana **coincide con su particular modo de ver las cosas**, con la cortedad de miras de todo sectarismo **ha aceptado que un órgano supranacional incompetente le enmiende la plana, sin reparar en el daño extraordinario que se está causando a las instituciones de la República, al orden jurídico y al Estado de Derecho**.

Así, la supremacía constitucional y sus garantías, el principio de legalidad y la ley penal interna, han sucumbido bajo la marea de mitos, de principios ideológicos e inconsistencia jurídica que destruyen la juridicidad.

2.27. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Otro importante instrumento jurídico que debemos tener en consideración es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pacto que regula como normas de derecho vinculante para los Estados parte y que concreta los propósitos y principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos

---

[151] PAÚL Díaz, Álvaro. "Jurisdicción de Corte Interamericana", carta al Director, publicada en *El Mercurio*, Santiago, 2 de enero de 2013.

Humanos, y también viene a precisar y desarrollar los propósitos y principios de la Convención Americana de Derechos Humanos.[152]

Dicho Pacto, en el Nº 2 de su artículo 2 establece expresamente: "**Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales** y a las disposiciones del presente Pacto, **las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas** o de otro carácter que fueren necesarias **para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto** y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter". **Y, tanto en el Pacto como en la ley penal chilena, están consagrados normas y principios jurídicos esenciales del derecho penal: principios de legalidad, reserva, tipicidad, pro reo, *ne bis in idem*, prescripción, y expresamente, derecho a la amnistía**.

Es importante destacar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene, entre sus disposiciones, normas de derecho específicas que, junto con confirmar **la plena validez de la supremacía constitucional y soberanía del Estado y de su legislación interna** —es decir, del Estado de Derecho—, **evidencia que los propósitos y principios de las Declaraciones de Derechos Humanos no son normas de derecho que rijan ni se apliquen directamente dentro de un Estado; ni mucho menos que puedan abrogar sus leyes internas o hacer que carezcan de efectos jurídicos**.

El principio del respeto a los Derechos Humanos, proclamado en el preámbulo de la Declaración Unversal de Derechos Humanos —adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948— significa un deber moral de los Estados; **es un principio internacional encomendado a la regulación jurídica interna del Estado**. La Asamblea General carece de competencia legislativa y solo puede hacer recomendaciones. En cambio, **sí es vinculante jurídicamente** para los Estados parte —Chile entre ellos— **el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".**[153]

Para comprender el subjetivismo ideológico que induce a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a incurrir en el vicio de la antijuridicidad, nos parece pertinente citar algunas disposiciones de este Pacto de Derechos Civiles y Políticos —que está vigente y que es norma de derecho especial y de cumplimiento obligatorio— que regula los propósitos y principios generales de Derechos Humanos.

Artículo 2º Nº 2: "**Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con**

[152] Diversas sentencias fundamentan sus fallos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (por ejemplo en la del caso Ovallle, *ut supra* 1.2).
[153] Vigente en Chile a contar del 29 de abril de 1989.

> **arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones** del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".
>
> Artículo 6º Nº 4: "Toda persona condenada a muerte tendrá el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. **La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos**".
>
> Artículo 14º Nº 7: "**Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país**".
>
> Artículo 15º Nº 1: "**Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional**. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Resulta evidente que **ninguna de las citadas disposiciones**, que son normas convencionales de Derecho Internacional vigentes, vinculantes y obligatorias para los Estados parte, **fue considerada ni respetada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos** en su sentencia. Pero, más aun, **junto con negar la validez del ordenamiento jurisdiccional del Estado** —"las leyes de prescripción o amnistía carecen de validez jurídica"— **rechaza las normas que fijan el principio pro reo, y determina que el Estado debe dejar sin efecto la sentencia que aplicó la amnistía, resolución que alcanzaba ya la categoría de cosa juzgada**.

En pocas palabras, la sentencia no solo no acató la limitación temporal que había fijado el Estado de Chile al admitir la competencia de la Corte —solo respecto de delitos cuyo comienzo de ejecución fuera posterior al 11 de marzo de 1990— **y se arrogó competencia** para juzgar, calificar retroactivamente el delito e inculpar a los autores por hechos ocurridos en 1973; **sino que se arrogó atribuciones para no acatar —para violar, más precisamente— las disposiciones ya citadas del Pacto; y para ignorar derechos humanos de los procesados, que reconoce la propia Convención,** como son los beneficios de los principios de legalidad, pro reo, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, prescripción y el derecho a la amnistía; **y se arroga una atribución inadmisible, para determinar que el Estado debe asegurar que se reabra el proceso y que no se aplique nunca más la amnistía y se derogue la ley**.[154]

---

[154] **PUNTOS RESOLUTIVOS**

Por tanto, **LA CORTE,** (...) **Y DISPONE:**

2.28. Ius cogens

Algunas sentencias declaran que **el principio *ius cogens* está definido con absoluta claridad en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como su acatamiento obligatorio por el ordenamiento jurídico chileno**.

Ello no es efectivo. Lo que sí es efectivo es que la noción de *ius cogens* fue codificada por primera vez en la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,"[155], precisamente, en el referido artículo 53, que dice:

> "**Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general**. *Para los efectos de la presente Convención,* ***una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario*** *y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*".

Más adelante, explicitando los alcances del precitado artículo 53, la misma Convención en su artículo 64 establece:

> "*Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general,* ***todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará***".

Veamos lo que, al respecto, se dice en algunas sentencias (conceptos que son repetidos en muchas otras):

> **"Décimo Cuarto.- Que si bien no existe en el Derecho Internacional un tratado o declaración que enumere casuísticamente las normas de derecho imperativo, existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o "crímenes contra la humanidad", categoría en la que cabe incluir a los ilícitos**

Por unanimidad, que:

5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.

6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.

[155] Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969. Decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981.

precisados en el fallo en alzada, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Décimo Quinto.- Que atendido a lo señalado en los basamentos que anteceden, es dable concluir que los delitos de homicidio calificado cometidos en las personas de las tres víctimas asesinadas en el mes de octubre de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de estos antecedentes, **permiten denominarlos como "crímenes contra la humanidad" lo que, a juicio de esta Corte, no se opone al principio de legalidad penal**, porque las conductas imputadas a los encausados **ya eran delitos** en el derecho nacional -homicidio- y **en el derecho internacional, de acuerdo al contexto desarrollado en los motivos que anteceden**.

Décimo Sexto.- Que cabe tener presente también la llamada Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el año 1970, **que aunque no ha sido ratificada por el Estado de Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de "ius cogens" o principios generales del derecho penal internacional**.

Décimo Séptimo.- Que, **en cuanto a la obligatoriedad de las normas "ius cogens"** respecto de la imprescriptibilidad aludida, en nuestro ordenamiento jurídico **es la propia Constitución la que la reconoce –artículo 5°, inciso segundo– y permite la posibilidad de incorporarlo**.

Nuestra Carta Fundamental, siguiendo el mecanismo propio para incorporar el Derecho Internacional al Nacional o interno, **permitió el reconocimiento de la imprescriptibidad de los crímenes de lesa humanidad**, introduciendo un aseguramiento objetivo y expreso de los derechos humanos.

Décimo Octavo.- Que resulta atinente la incorporación de la **Convención de Viena** sobre los Derechos de los Tratados, ratificada por Chile el 09 de abril de 1981, promulgada por Decreto Supremo N°381 de igual año, sobre los Derechos de los Tratados, **la cual aclaró el acatamiento por el ordenamiento jurídico interno del principio "ius cogens", por cuanto, con absoluta claridad lo define, en el artículo 53 de dicha Convención, como una norma que no admite acuerdo en contrario** y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

Es decir, se reconoce, expresamente, el valor del principio "ius cogens" en general el que se comprende, entonces, como una norma de Derecho Internacional General que **debe ser respetada con la misma decisión que tiene un tratado ratificado por Chile**, no sólo por la especial forma en que puede ser modificado, sino –como se dijo anteriormente– porque su entidad es tal que **el propio artículo 53 de la Convención determina que: es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General**.

Décimo Noveno.- Que, lo anterior permite inferir que hay entonces una prevalencia de la norma Internacional de Derecho Internacional General, que determina que son incompatibles con ésta las leyes de amnistía y de prescripción invocadas respecto de los hechos delictivos establecidos en autos.

Vigésimo.- Que, como conclusión de lo antes señalado y, **siendo los homicidios investigados, crímenes contra la humanidad, por aplicación de**

las normas y principios de derecho internacional en comento, que deben ser aplicadas con preferencia, no es procedente acoger la solicitud de prescripción total ni gradual de la acción penal formulada por los encartados, la que deberá ser rechazada.

Vigésimo Primero.- Que **en cuanto a la excepción de amnistía**, que también fue invocada por las defensas de los imputados, de acuerdo al análisis de las circunstancias fácticas que rodearon la comisión de los delitos de homicidio materia de la sentencia en alzada, de acuerdo a lo antes concluido, **se tratan de delitos de lesa humanidad y, como tal, de acuerdo a lo antes razonado, también tienen el carácter de inadmistiable**, en atención a todo lo cual no es posible tampoco acoger la solicitud de amnistía impetrada".[156]

O en la que sigue:

"**Vigésimo octavo**: Que, por haberse cometido el delito en el contexto de violaciones a los derechos humanos, graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado que pretendían excluir, hostigar, perseguir o exterminar a quienes fueran contrarios al régimen instaurado el 11 de septiembre de 1973, tratándose específicamente en el caso de autos de la eliminación de una persona militante del Partido Comunista, es decir perteneciente ideológicamente al régimen político recién depuesto, cabe concluir que **se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o ius cogens, que** —tal como ha sido declarado en anteriores fallos— **tiene prevalencia sobre la legislación nacional**. **Las reglas del ius cogens son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial**, suministrando pautas o modelos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en una fórmula legal no cambian su naturaleza jurídica. Esta Corte reitera una vez más que **los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario, forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas, aún cuando no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile**.

Vigésimo noveno: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar -—en relación a la prescripción alegada— que el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución No 2391 adoptó la "**Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad**", en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, **que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la**

[156] Sentencia dictada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 16 de agosto de 2007, en la causa Rol Nº 7668-2006, Cuaderno Arica (ut supra 1.7).

> **realización de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario**”.[157]

En su voto disidente, el ministro Nibaldo Segura Peña manifestó:

> “9°.- Que finalmente **los principios generales de Derecho Internacional**, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, **las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad** antes recordados”.[158]

Después de leer estas sentencias es imposible no encontrarle razón al profesor Bernardino Bravo Lira cuando dice que estos fallos “no se sostienen” y que “los jueces están disparados”.[159]

En diversas sentencias los jueces justifican la no aplicación de la prescripción de la acción penal o de la Ley de Amnistía en supuestas normas de *ius cogens*. Esta locución latina —que significa “derecho que obliga” o “derecho necesario”— es empleada en el ámbito del derecho internacional para hacer referencia a aquellas normas imperativas de derecho internacional general, que no admiten acuerdo en contrario.

No hay una fórmula general para definir abstractamente las normas internacionales de este carácter.

El concepto de *ius cogens* en el derecho internacional es una cuestión compleja, discutida y difícil de precisar fuera del ámbito de los tratados. La Convención de Viena en su artículo 53, como vimos, fija que una norma imperativa de Derecho Internacional general **exige ser aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario**; **y su efecto preciso es la nulidad de todo tratado que esté en oposición a ella.**

---

[157] Sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en la causa Rol 6188-2006, por el secuestro calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje, de fecha 13 de noviembre de 2007 (*ut supra* 1.6).

[158] Ibid.

[159] *Ut supra* 2.3.

A fin de cuentas **el precitado artículo 53**, invocado en las **sentencias, se refiere al *ius cogens* como un concepto aplicable solamente a los tratados. Nada más existe sobre su efecto**.

La idea de *ius cogens* corresponde a un *corpus* de normas generalmente reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Se trata de normas relativas a los intereses vitales de la comunidad internacional; a la existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y de proteger.

En el debate que tuvo lugar durante el proceso de codificación de la Convención de Viena **no hubo acuerdo sobre qué normas son de *ius cogens***. El debate sobre la materia se dio entre dos grupos: a) los que reconocían el *ius cogens* pero veían problemas insuperables para identificar esas normas imperativas y, por tanto, se negaban a incluir en la Convención de Viena un artículo que reconociera su existencia y capacidad de anulación de tratados contrarios a ellas, y b) quienes confiaban en que, después del reconocimiento en la Convención de Viena de la nulidad de los tratados que contravinieran normas de *ius cogens*, éstas se irían identificando por la jurisprudencia, la *opinio iuris* expresada por los Estados en diversos foros internacionales y la doctrina. **La Convención no estableció cuáles eran las "normas imperativas de derecho internacional general", pues no hubo acuerdo sobre qué normas son de *ius cogens* y sobre si ciertas normas son realmente imperativas**.

En todo caso, varios comisionados expusieron en sus intervenciones que **pueden destacarse dos conjuntos de normas calificadas de *ius cogens*: las disposiciones de la Carta de la ONU sobre el uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias, el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) y las normas sobre protección de los derechos humanos fundamentales, incluidas las de prohibición de la esclavitud y de la piratería, del genocidio, de la desaparición forzada de personas, de la discriminación racial y las cardinales del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados**.

La doctrina, sin alcanzar un consenso, ha argumentado a favor de la inclusión entre los principios *ius cogens* de determinadas normas, entre las que podrían mencionarse: a) La igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; b) La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza y la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos; c) La igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención; d) Las normas básicas relativas a la protección de los derechos humanos; e) El deber de cumplir de buena fe las obligaciones; f) El principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) dado que sin ellas no cabría la existencia de ningún tratado internacional;

g) El derecho a unas garantías procesales mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia; h) La prohibición de la piratería, de la esclavitud; de crímenes de lesa humanidad: tortura, genocidio, apartheid, desaparición forzada de personas; la privación arbitraria de la vida, el principio de humanidad; i) Normas que reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen ciertos valores morales y ciertos principios del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados.

Alfred Verdross, luego de analizar con prudencia y sentido jurídico esta materia, **conduce a fijar como normas de *ius cogens*,** con categoría jurídica como para prevalecer sobre cualquier tratado, **los siguientes principios**:

1. Independencia de los Estados.
2. Igualdad soberana de los Estados.
3. Libre determinación de los pueblos.
4. No intervención en los asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados.
5. Prohibición del uso de la fuerza, exceptuando la legítima defensa.
6. Solución pacífica de controversias.
7. Respeto de los derechos humanos fundamentales.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que las disposiciones de la Convención de Viena y **el efecto de nulidad que esta sanciona solo alcanza a un tratado;** a cualquier tratado **que estuviese en contradicción con alguno de los principios recién indicados**.

Lo anterior pone en tela de juicio **que exista efectivamente una norma de *ius cogens* que prohíba aplicar la jurisdicción penal interna de un Estado —y, por ende, sus normas legales de prescripción y de amnistía**— sin violar los principios indicados en los números 1, 2, 3 y 4 que preceden.

Entre los derechos humanos fundamentales, que formarían parte del catálogo de normas de *ius cogens*, **está el derecho a unas garantías procesales mínimas**, siendo el **principio de legalidad** una de las esenciales.

Aceptar la imprescriptibilidad y la **inamnistiabilidad de ciertos delitos calificados como de lesa humanidad, sobre la base del *ius cogens*,** sin que a la fecha de su comisión hayan estado tipificados en la legislación interna, significa desconocer el principio de supremacía constitucional, el principio de legalidad, y los principios garantísticos del clásico derecho penal que han venido rigiendo en forma pacífica en todas las democracias desde hace varios siglos, y la propia vigencia de los derechos humanos.

Quienes promovieron la inclusión de un artículo sobre las normas imperativas en la Convención de Viena, buscaban hacer prevalecer el valor justicia

incorporado en las normas de *ius cogens* y **limitar el poder de los Estados para concertar tratados violatorios de principios de validez universal**.

En relación con el concepto de *ius cogens* podemos distinguir tres doctrinas:

La **primera** reconoce como **normas de *ius cogens* solo los principios fundamentales que fija la Carta de las Naciones Unidas**, cuyo artículo 103 hace prevalecer las disposiciones de la Carta sobre las de otro tratado, en caso de conflicto entre ellas. Pero prevalece, no impone la nulidad.

Una **segunda** enfatiza que la razón de ser del *ius cogens*, su fin y efecto, **es la anulación de todo tratado, o acuerdo entre Estados** que esté en oposición a una norma de este carácter.

Y, una **tercera** doctrina, denominada creacionista —que es la que acogen nuestros jueces en las causas sobre derechos humanos— extiende esa categoría y su efecto, más allá de toda norma jurídica y hacen aplicables normas de *ius cogens* por sobre las del derecho interno.[160]

No existe en el Derecho Internacional norma de derecho positivo que tenga capacidad jurídica para imponer, dentro de la jurisdicción soberana del Estado, **la abrogación de la ley penal interna** y, menos aun, de garantías constitucionales, privándolas de eficacia. Por el contrario, **las convenciones relativas a los derechos humanos fundamentales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos**, recogen las garantías del debido proceso y los principios jurídicos del orden penal. **No excluyen, sino que afirman como derecho de todo procesado, sin discriminación alguna, los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal, pro reo, cosa juzgada, la prescripción y la amnistía**.

Este pacto es obligatorio interna e internacionalmente, pero, tal como la supremacía constitucional y sus garantías y la ley penal interna, han sucumbido bajo la marea de mitos, de principios ideológicos e inconsistencia jurídica que *urbi et orbi* destruye la juridicidad.[161]

Las normas de los tratados internacionales, incorporados al derecho chileno interno, **complementan las garantías constitucionales y legales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico** y, en ningún caso, pueden implicar una merma en los derechos humanos de nuestros conciudadanos

[160] ARNELLO Romo, Mario. "Mitos, ideologías e inconsistencias jurídicas", diario *El Mercurio*, Santiago, 20 agosto 2012.

[161] Cfr. Mario ARNELLO Romo, "Juridicidad: desafíos y tendencias del siglo XXI. Encrucijada al derecho internacional y al estado de derecho interno. *Revista Tribuna Internacional*, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Vol. 1, Nº 1 (2012), pp. 97-128.

militares, puesto que, esos derechos se suman, por los avances del Derecho Humanitario y los avances de la ciencia y el Derecho Penal.[162]

Los jueces, en las causas sobre derechos humanos, **extienden arbitrariamente la categoría de *ius cogens* y su efecto más allá de toda norma jurídica,** atropellando salvajemente **el principio de legalidad y haciéndolas aplicables por sobre las del derecho interno.** Las normas de *ius cogens* no pueden derogar ni rebajar derechos fundamentales y garantías consagradas en la Constitución, en la legislación interna y en tratados internacionales vigentes en Chile.

Las normas de *ius cogens* relativas a la protección de los derechos humanos **no pueden dejar sin efecto las garantías constitucionales y de derecho internacional de los procesados y condenados**, tales como los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal y pro reo. Los instrumentos internacionales no derogan ni rebajan los derechos fundamentales y las garantías consagradas en la Constitución y en la legislación interna.

Por otra parte, **aceptar la imprescriptibilidad** y **la inamnistiabilidad** de ciertos delitos calificados como de lesa humanidad, **sobre la base del *ius cogens*,** sin que a la fecha de su comisión hayan estado tipificados en la legislación interna, **significa desconocer el principio de supremacía constitucional, el principio de legalidad**, la **seguridad jurídica**, los principios garantísticos del clásico derecho penal que han venido rigiendo en forma pacífica en todas las democracias desde hace varios siglos, **y la propia vigencia de los derechos humanos**.

Nuestros tribunales han sentado la tesis de que el *ius cogens*, normas de una supuesta costumbre internacional, no escrita, **se sobrepone a las leyes y aun a la Constitución, y las modifica en cuanto lo contraríen**. Se llega al límite sorprendente de establecer que **una convención internacional no firmada por Chile, o firmada pero no ratificada, de todos modos —al ser *ius cogens*— se debe aplicar en nuestro país** por encima de la Constitución y de las leyes.

¿**Para qué la suscribiría entonces nuestro Gobierno; para qué ratificarla nuestro Congreso**? ¿Cuál sería la diferencia, de fondo o práctica?

Por otra parte, existiendo normas en nuestra legislación que rigen la materia, no corresponde aplicar otras en subsidio. Solo a falta de ley expresa aplicable al caso en el derecho interno o en normas de tratados o convenciones internacionales vigentes en Chile se pueden aplicar, subsidiariamente, normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens*, la costumbre internacional

[162] Cfr. SZCZARANSKI Cerda, Clara. *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos.* Fondo de Cultura Económica, Santiago, p.331.

como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Así está establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en el artículo 21 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. **En todo caso, lo anterior corre solo para las normas de derecho general. En materia de derecho penal las normas deben, necesariamente, estar incorporadas expresamente en nuestra legislación interna, a fin de cumplir con los principios de legalidad y de tipicidad, amparados constitucionalmente.**

En relación con este tema, citaremos a William Thayer Arteaga, quien al respecto ha manifestado:

"El libro rotulado *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades* es lo más completo, acucioso y objetivo que yo he leído o conocido sobre el delicado, penoso y controvertido asunto del criterio que llevó a la mayoría de los tribunales chilenos a no aplicar la amnistía y la prescripción en procesos seguidos contra uniformados chilenos (militares y carabineros) por hechos que tuvieron principio de ejecución varias décadas antes del año 2009 en que entró a regir en Chile el Tratado de Roma. Se procedió así, con violación flagrante de lo previsto en el artículo 24 del Estatuto de Roma sobre irretroactividad de la ley penal, ratificado y vigente en Chile.

La excusa de que dicha disposición —concordante con lo previsto en la ley 20.357— **no procedería aplicarla en virtud del *jus cogens***, principio de derecho que supliría la falta de ley no solo es errónea, sino que implica precisamente **atropellar la más importante norma de *jus cogens***; aquella en que descansa el derecho penal de las naciones civilizadas: ***ningún crimen, ninguna pena sin una ley previa que los especifique***; norma conocida también como **principio de legalidad.** Por lo mismo, sostener que a falta de ley rige el *jus cogens* es obrar específicamente atropellándolo. La conclusión debe ser exactamente la inversa: **puesto que no hay ley, no hay delito ni pena**. Sé que hubo un fallo que incurrió en tal flagrante contradicción, tal vez porque alguien oyó o escribió exactamente lo contrario de lo que pretendía decir, pues **el derecho penal exige leyes escritas, precisas, de derecho estricto y vigentes con antelación para castigar**.

En conclusión, **puede decirse que el principio de legalidad es la norma o exigencia de *jus cogens* más importante del derecho penal moderno** y la deben aplicar los tribunales chilenos puesto que es la fundante del derecho penal vigente en Chile, recientemente reiterada por el Estatuto de Roma".[163]

Diversas sentencias recurren o admiten opiniones que sostienen que **la prescripción y la amnistía son inadmisibles, porque violan normas de *ius***

[163] PAÚL L., Adolfo. Op. cit. *Procesos*, pp. 17-18.

cogens. No obstante que citan en su apoyo el artículo 53 de la Convención de Viena, **eluden mencionar el efecto preciso que dicho artículo establece: la nulidad del tratado. Como esa disposición es inaplicable en la especie —puesto que la Convención de Viena remite los efectos propios del *ius cogens* solo a tratados**— utilizan el recurso de sostener que tales leyes carecen de eficacia jurídica.

El absurdo a que llevan las pretensiones de tales sentencias **podría significar que la amnistía, la prescripción y los principios jurídico-penales** de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y que **serían normas contrarias al *ius cogens*** —según ellas afirman— de atenerse al artículo 53 **acarrearían la nulidad absoluta de tales tratados. Tal absurdo no lo podría concebir nadie**. Ello solo confirma que las sentencias que postulan lo antedicho carecen de consistencia jurídica.

Ni siquiera se meditan las posibles consecuencias de estos delirios jurídicos en otros campos. ¿Responderá penalmente el general comandante de la división, en razón de la verticalidad del mando, por el hurto de la caja chica que cometa un cabo del regimiento, subordinado suyo? ¿Demandará mañana en Chile un gran inversionista extranjero al fisco por un asunto de impuestos, invocando el *ius cogens* contra las leyes chilenas, y declararán los tribunales que éste se sobrepone al Código Tributario?[164]

2.29. Interpretación errónea y abusiva del derecho internacional. Legalidad y seguridad jurídica vulneradas

En las conclusiones de un artículo titulado "Aplicación del Derecho Internacional y caso *Choshuenco*: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas",[165] el

---

[164] Cfr. VIAL Correa, Gonzalo. "La marea del odio". Diario *La Segunda*, Santiago, 4 de diciembre de 2007.

[165] SALINAS Burgos, Hernán. "Aplicación del Derecho Internacional y caso *Choshuenco*: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas", revista *Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 103-130. El artículo corresponde a un comentario en el que se analiza la sentencia Rol Nº 559-2004 de la Corte Suprema, de fecha 13 de diciembre de 2006, la cual al acoger un recurso de casación en el fondo, aplica principios y normas del Derecho Internacional, declarando en su base el carácter imprescriptible de ciertos delitos cometidos en diciembre de 1973. El trabajo a través de una revisión de los tratados, la costumbre y la jurisprudencia internacional discute la procedencia en el caso de delitos internacionales como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el carácter imprescriptible e inamnistiable de estos tipos penales y su relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica. Asimismo, se estudia en relación con la sentencia analizada, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Luis Almonacid", citada como precedente, considerando tanto los aspectos de jurisdicción relativos a la declaración de limitación de la competencia de la Corte efectuado por Chile, como de fondo en lo que se refiere al Decreto Ley de Amnistía de 1978.

profesor Hernán Salinas Burgos señala que tanto la Corte Suprema como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han efectuado una interpretación errónea y abusiva del Derecho Internacional, **vulnerando principios fundamentales del Estado de Derecho** y, por tanto, de una sociedad democrática libre, resultando también afectada seriamente la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. A continuación transcribimos un extracto de las referidas conclusiones:

La aplicación del Derecho Internacional Penal y Humanitario por parte de la Corte Suprema, en asuntos relativos a violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el Gobierno Militar, demuestra en fallos como el motivo de análisis, **una tendencia a aplicar el Derecho Internacional cuando éste no es aplicable a los hechos en cuestión o bien una aplicación equivocada de éste, recurriendo a la interpretación analógica y a la costumbre internacional para la atribución de delitos con el carácter de crímenes internacionales, en particular, crímenes contra la humanidad**. Ello ha conducido a una apreciación de las conductas **de acuerdo con un derecho no vigente cuando los hechos han ocurrido**, **atribuyéndose culpabilidad por actos no considerados como delitos de lesa humanidad al momento de cometerse**, desconociéndose de esta manera, que las circunstancias de la conducta punible, la pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho. **Todo ello pugna con principios básicos del Estado de Derecho, como son el principio de la legalidad y el principio de no retroactividad de las normas jurídicas penales, creando inseguridad e incerteza jurídica**.

Asimismo, **la sentencia analizada nos indica una tendencia creciente de la Corte Suprema a utilizar como precedentes jurisprudenciales ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; incluso de aquellos que contravienen a la propia Convención**.

El desconocimiento de la prescripción y la amnistía implica el interferir en atribuciones soberanas del Estado destinadas a otorgar seguridad jurídica a sus ciudadanos y permitir la construcción de una sociedad sana y reconciliada. **La Corte Interamericana se ha arrogado arbitrariamente la jurisdicción**, con evidente abuso de poder y dañando de esta forma la credibilidad y confianza en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

Evidentemente, los principios de derecho y la costumbre internacional carecen del rigor jurídico que requiere una norma de derecho penal, la que debe ajustarse estrictamente **al principio de legalidad** a fin de dotar al orden jurídico de las necesarias seguridad y certeza. **Los principios**, en cuanto presupuestos tácitos de las normas de derecho, tienen como función entregar a la reflexión crítica y filosófica el verdadero sentido jurídico de las normas de

derecho; **no al extremo de negar lo que determina la ley, o de contradecirla, pues la ley tiene su propia soberanía**. Tales principios, a pesar de tener un carácter ideal y absoluto no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso. El principio de la imposibilidad jurídica de imponer a los individuos limitaciones no fundadas en la ley, es absoluto en todo ordenamiento jurídico que ha asumido la forma de Estado de Derecho. **Toda norma de Derecho Internacional convencional que limita el ejercicio discrecional de la soberanía del Estado, debe ser siempre interpretada restrictivamentemente**.

Aplicar en materia penal una supuesta "costumbre" para condenar, abrogando de hecho el orden jurídico penal del Estado, **está fuera de las atribuciones que la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella fijan a los Tribunales de Justicia**. Por otra parte, **el orden jurídico penal corresponde a la jurisdicción soberana del Estado** y, como precisa Verdross: "**las limitaciones impuestas a la libertad de los Estados tienen que interpretarse en sentido estricto**". Y **no existe ninguna norma expresa de Derecho internacional, vigente y vinculante para Chile, que pueda imponer sobre el Derecho Penal nacional tal imprescriptibilidad a delitos cometidos hace más de cuarenta años atrás**.

Por último, en relación con lo antedicho, citaremos al ex ministro de la Corte Suprema y ex senador institucional Enrique Zurita, quien, consultada su opinión sobre la aplicación de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, manifestó: "**No podemos aceptar que convenios internacionales nos declaren delitos imprescriptibles e inamnistiables, porque eso es ir contra toda la institucionalidad que tenemos**. Nosotros tendríamos que dictar una ley en ese sentido y, a partir de entonces, no serían amnistiables ni prescriptibles. **Yo creo que respecto de los convenios internacionales se está cometiendo un tremendo error, dándole incluso un valor retroactivo y modificando la Constitución**. Es la forma más fácil de modificarla. La Constitución se reforma con quórum calificado".[166]

2.30. Ninguna disposición, de convenio internacional alguno, puede restringir, menoscabar o derogar derechos humanos reconocidos o vigentes en la legislación interna de cualquier Estado Parte

En el dominio de la protección del ser humano lo que debe primar es la norma más favorable para la persona, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. Y, en el derecho interno chileno, son normas que protegen al ser humano los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal y pro reo

166 CASTILLO Vicencio, Arturo (editor periodístico). *La verdad olvidada del terrorismo en Chile (1968-1996).* Maye, Santiago, 2007, pp.172-173.

—garantizados constitucionalmente—; las normas relativas a la prescripción de la acción penal y los preceptos legales sobre la cosa juzgada.

Al respecto, los tratados de derechos humanos prohíben expresamente cualquier restricción, menoscabo o derogación a los derechos humanos reconocidos o vigentes en el derecho interno de cualquier Estado Parte, en virtud de otras convenciones internacionales, o de leyes, reglamentos o costumbres, bajo pretexto de que el propio Pacto no los reconozca o los reconozca en menor grado.

En efecto, en el plano global, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el número 2 de su artículo 5 establece:

> "*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*".[167]

En el plano regional, la misma salvedad se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en la letra b) de su artículo 29, sobre normas de interpretación, establece:

> "*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*". Y, en la letra d) de ese mismo artículo 29 prohíbe, además: "*excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*".[168]

---

[167] "Tanto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (artículo 5) como la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (artículo 5) prevén igualmente que ninguna de sus disposiciones perjudicará los otros derechos y ventajas concedidos respectivamente a los refugiados y apátridas, independientemente de ellos. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer advierte que nada de lo dispuesto en ella perjudicará cualquier disposición que sea más propicia a la obtención de la igualdad entre hombres y mujeres y que esté contenida: *a) en la legislación de un Estado Parte; o b) en cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado* (artículo 23). En la misma línea de pensamiento, la Convención sobre los Derechos del Niño también advierte que nada de lo estipulado en ella afectará disposiciones que sean más convenientes para la realización de los derechos del niño y que pueden constar: *a) de las leyes de un Estado Parte; b) de las normas de derecho internacional vigentes para ese Estado* (artículo 41)". CANÇADO Trindade, Antônio A. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI.* Jurídica de Chile, Santiago, 2006, segunda edición actualizada, p.311.

[168] "Igualmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) determina que *no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado* (artículo 4). En el continente americano así como en el continente europeo la solución es la misma. Estipula la

Como ha expresado, Antônio Cançado, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "**El criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas, consagrado expresamente en tantos tratados de derechos humanos**, contribuye en primer lugar a reducir o minimizar considerablemente las supuestas posibilidades de 'conflictos' entre instrumentos legales en sus aspectos normativos. Contribuye, en segundo término, a obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados). Contribuye, en tercer lugar, como señalamos en nuestro curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1987, para demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos —garantizando los mismos derechos— son en el sentido de ampliar y fortalecer la protección. **Lo que importa en último término es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente ha de imponerse la norma que en el caso concreto mejor proteja, sea ella de derecho internacional o de derecho interno**".[169]

2.31. El sistema de procedimiento penal aplicado a los militares es inconstitucional

A los militares se les aplica el antiguo sistema de procedimiento penal inquisitivo, en circunstancias que para el común de los ciudadanos rige el nuevo sistema procesal penal acusatorio. **El sistema antiguo** desconoce derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política y por tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, y **le veda a los imputados el derecho a una adecuada defensa, a un juicio justo y a ser juzgados por un tribunal imparcial**.[170]

Convención Europea de Derechos Humanos que ninguna de sus disposiciones será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquier Estado Parte o con cualquier otra convención en que éste sea Parte (artículo 60). La Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Trato o Castigo Inhumano o Degradante aclara que no perjudicará ella las disposiciones del derecho interno o de cualquier otro acuerdo internacional que ofrezcan mayor protección a las personas privadas de su libertad (artículo 17.1). La Carta Social Europea, a su vez, determina igualmente que sus disposiciones no perjudicarán las de derecho interno ni las de tratados que *sean más favorables a las personas protegidas* (artículo 32)". Ibid., p.312.

[169] CANÇADO Trindade, Antônio A. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI.* Jurídica de Chile, Santiago, 2006, segunda edición actualizada, pp. 312-313. El destacado es nuestro.

[170] El antiguo sistema de procedimiento penal posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que no satisface las exigencias del debido proceso, que no respeta derechos o garantías fundamentales de los imputados, que no aplica la presunción de inocencia, que penaliza informalmente dada la alta incidencia de la prisión preventiva, que despersonaliza al inculpado y que no es coherente con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. El antiguo procedimiento penal es incompatible con un auténtico Estado de Derecho y, además, injusto, lento y

La coexistencia de dos sistemas procesales penales, lo que atenta gravemente contra el principio de igualdad y contra el debido proceso, tiene origen en el artículo 483 del Código Procesal Penal, que establece: "*Las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia*". Este precepto legal encuentra respaldo en el inciso segundo de la disposición constitucional octava transitoria, incorporada por el Nº 8 del artículo único de la Ley de Reforma Constitucional Nº 19.519 de 1997.

A los militares se les aplica el sistema de procedimiento penal antiguo porque los hechos delictivos que se les imputa ocurrieron antes de la entrada en vigor de la reforma y porque los jueces no les aplican las normas sobre prescripción de la acción penal, mediante el subterfugio de calificar los supuestos delitos cometidos como "de lesa humanidad" y de atribuirles la calidad de imprescriptibles.

Durante el año 2016 fueron interpuestos ante el Tribunal Constitucional **dos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 483 del Código Procesal Penal**,[171] cuya aplicación da origen a que el antiguo sistema de procedimiento penal inquisitivo le esté siendo aplicado en la actualidad a un pequeño grupo de personas, lo que vulnera los derechos humanos a la igualdad ante la ley y a un debido proceso, razón por la que es manifiestamente inconstitucional.

Tales requerimientos no fueron acogidos. El Tribunal Constitucional argumentó que dicho precepto legal "sólo se reduce a regular la entrada en vigencia del Código Procesal Penal" y que es constitucional porque "encuentra respaldo en la disposición octava transitoria de la Constitución" que "fue establecida para permitir la entrada en vigencia gradual o progresiva del nuevo sistema procesal penal" (esa era su *ratio legis*).

Ese Alto Tribunal no reparó en el hecho de que dicha disposición octava transitoria es también manifiestamente inconstitucional porque: a) **al entrar en vigor el nuevo sistema procesal penal en todo el territorio nacional —el 16 de junio de 2005— desapareció su *ratio legis***; b) al no existir una causa o motivo razonable que la justifique establece una discriminación arbitraria (una diferencia de tratamiento injusta, odiosa y caprichosa); c) permite que a algunas personas les

carente de las necesarias condiciones de imparcialidad, al asumir un mismo juez las funciones persecutorias y juzgadoras.

[171] Roles Tribunal Constitucional N°s 2991-16 y 3083-16. En este último requerimiento, interpuesto por el abogado que escribe estas líneas, están claramente expuestos los argumentos que justifican la inconstitucionalidad de la disposición constitucional octava transitoria y del artículo 483 del Código Procesal Penal, que de ella se deriva.

sea aplicado un sistema de enjuiciamiento que vulnera las normas del debido proceso; y d) atropella garantías amparadas por artículos permanentes de nuestra Carta Fundamental que tienen mayor jerarquía que ella —tales como la igualdad ante la ley y el derecho a un procedimiento racional y justo— y por tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

Lamentablemente el Tribunal Constitucional ha rechazado todos los requerimientos de inaplicabilidad interpuestos en contra del artículo 483 del Código Procesal Penal por razones meramente formales, sin argumentos que contradigan el fondo del asunto, y no ha cumplido con la función esencial que le es propia: custodiar el principio de supremacía constitucional y velar por la tutela efectiva de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas.

Finalmente diremos que no es razonable, en absoluto, que habiendo transcurrido más de dieciséis años desde que comenzó a implementarse la reforma procesal penal en Chile y más de doce desde que entró en vigor en todo el territorio nacional, y cuyo objetivo era poner fin, de manera definitiva, al sistema procesal penal inquisitivo, se continúe aplicando dicho sistema a algunos individuos; un sistema que vulnera abiertamente derechos esenciales y garantías que la Constitución asegura a todas las personas y que no respeta los derechos humanos de los imputados.

Chile está aplicando a ciudadanos suyos procesos penales propios del pasado inquisitorial más ominoso, a través del cual emanan condenas insoportables para cualquier nivel, aun elemental, de respeto de los derechos humanos. En estos procesos, plagados de irregularidades y completamente irrespetuosos de los más elementales niveles de garantías legales y procesales, se está produciendo un rosario de rutinarias condenas injustas no tanto en su forma o en su procedimiento, sino, lo que es más grave, en el fondo.

Nos parece absolutamente inaceptable que el antiguo sistema de procedimiento penal continúe aplicándose indefinidamente y que personas inocentes se vean sometidas a procesos y a condenas fruto del error, de la arbitrariedad, de la pereza, de la rutina, del odio o de la venganza.

La aplicación del sistema de procedimiento penal antiguo, que vulnera el derecho al debido proceso y que contempla normas viciosas, es un formalismo irritante, una paradoja trágica y una vergüenza para Chile ante la comunidad internacional, por tolerar, insensible, la vigencia en su ordenamiento jurídico de normas legales repugnantes y que son incompatibles con el derecho internacional de defensa de los derechos humanos.

Los jueces y los sectores de izquierda usan la teoría de que solo los agentes del Estado violan los derechos humanos y cometen delitos de lesa humanidad, razón por la que no son merecedores de beneficio alguno, ni siquiera por razones humanitarias. Sin embargo, bien pudieron darle asilo a Erich Hönecker, que era el primer agente del Estado de Alemania Oriental.

2.32. Sentencia del Tribunal Constitucional. Recomendaciones a los tribunales de justicia

En la sentencia recaída en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 483 del Código Procesal Penal[172] —que permite la aplicación en la actualidad del antiguo sistema de procedimiento penal conjuntamente con el nuevo, tema al que ya nos hemos referido— el Tribunal Constitucional, junto con rechazar dicho requerimiento [173] —basado en el argumento formal que se trata de juzgar un hecho anterior a la reforma procesal— exhortó a los jueces a aplicar las garantías que da el nuevo sistema procesal penal a los enjuiciados por el antiguo sistema y que son perseguidos por presuntos crímenes de lesa humanidad.

Tras justificar la coexistencia de dos sistemas procesales penales distintos —sobre la base de meras consideraciones formales, sin entrar al fondo del asunto: la inconstitucionalidad del artículo 483 del Código Procesal Penal y de la disposición constitucional octava transitoria— el Tribunal Constitucional manifestó en su fallo:

> "Que si bien resulta comprensible la entrada en vigencia gradual —en tiempo y lugar—, del nuevo modelo procesal penal, fundado en razones de índole prácticas relativas a su eficacia y adecuada implementación e instalación orgánica... esta circunstancia no podría obstar a que los jueces del crimen del viejo sistema procedimental, puedan aplicar aquellas garantías del nuevo Código evidentemente más favorables para los afectados, víctimas o inculpados y procesados de aquél sistema, cuestión que el juzgador deberá armonizar con las disposiciones e instituciones de este último cuerpo legal... Aquél (el juez que ha venido conociendo de los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal) no debiera tener impedimento para ponderar la aplicación de las nuevas garantías, pues, se encuentra obligado a respetar y dar cumplimiento a la Constitución... Que,

[172] Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 2991-16 INA, de fecha 14 de marzo de 2017.

[173] El Tribunal Constitucional argumentó que dicho precepto legal "**sólo se reduce a regular la entrada en vigencia del Código Procesal Penal**" y que es constitucional porque "**encuentra respaldo en la disposición octava transitoria de la Constitución**" que "fue establecida para permitir la entrada en vigencia gradual o progresiva del nuevo sistema procesal penal". Dicha disposición constitucional octava transitoria, como hemos visto, es absolutamente inconstitucional. Cfr. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol T.C. 3083-16.

de acuerdo a lo precedentemente dicho, **la citada disposición Octava Transitoria en nada obsta a la plena aplicación de las garantías judiciales penales del nuevo Código Procesal Penal a las causas que se estuvieren tramitando** o que se pudieren iniciar con posterioridad a su entrada en vigencia por corresponder a hechos ocurridos antes de ésta. Ello es consecuencia de una garantía del debido proceso, derivado del **principio pro homine e indubio pro reo**, que no podría ser eludido respecto de los casos regidos por el viejo sistema inquisitivo **sin provocar una grave discriminación arbitraria**, vulnerando el núcleo esencial de la igualdad ante la ley y la igual protección de los derechos, permitiendo que existan ciudadanos privilegiados... **no resultaría comprensible que aquellas normas de naturaleza sustantivas consustanciales al debido proceso, solo fueren aplicables a los hechos posteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código**, en circunstancias que precisamente se han establecido para cautelar los derechos reconocidos a todas las personas, tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales ratificados por Chile... **Por tanto, cualquier juez, incluido los jueces del crimen, del antiguo sistema de procedimiento penal, se encontrarían plenamente facultados para garantizar efectivamente los derechos de los imputados, inculpados o procesados**, recurriendo a las normas del nuevo proceso penal, **pues no resultaría tolerable que en un Estado de Derecho, el ejercicio efectivo de las garantías fundamentales, en situación de igualdad, dependa del estatuto legal al que se encuentren sujetos aquellos**. La discriminación en el trato no podría significar otra calificación que una grave negación del principio de igualdad ante la ley e igual protección de los derechos, y, por lo tanto, la lesión de la misma Constitución Política de la República".

Ha sido la "**grave discriminación arbitraria**" a la que se refiere esta sentencia, precisamente, **el motivo fundante de las acciones de inaplicabilidad** del artículo 483 del Código Procesal Penal y de la disposición constitucional octava transitoria.

El fallo precitado es sorprendente, "porque el Tribunal Constitucional solo tiene facultades para declarar inconstitucional un precepto legal, pero no para hacer recomendaciones a otros tribunales. Es que **parece que algunos ministros de ese alto tribunal no pudieron seguir mirando para el lado y algo debían hacer conforme a su conciencia**".[174]

Estas recomendaciones del Tribunal Constitucional ya habían sido enunciadas por quien escribe estas líneas: "En todo caso, **aun cuando a los militares les esté siendo aplicado el sistema antiguo, no hay razón alguna para que no les sean reconocidos aquellos derechos, garantías o principios**

[174] BUCHHEISTER, Axel. "Poderes en pugna", diario *La Tercera*, Santiago, 2 de abril de 2017.

procesales penales que establece el nuevo sistema y que no resulten incompatibles con el antiguo. Sin embargo, ello no ocurre y el sistema antiguo les sigue siendo aplicado a los militares, con todo su rigor y su falta de garantías. Por otra parte, **el sistema procesal penal antiguo**, inquisitivo y secreto, **es muy funcional para los propósitos de ocultar ante la ciudadanía la iniquidad que se está cometiendo** contra los miembros de las FF.AA. y de Orden en situación de retiro".[175]

2.33. El derecho está siendo subordinado a ideologías

El profesor Mario Arnello ha señalado que el derecho está siendo subordinado a ideologías y que se están sustituyendo principios jurídicos por principios político-ideológicos, lo que está produciendo una creciente pérdida de la juridicidad y erosionando la certeza jurídica que debe caracterizar al derecho.[176]

Están siendo incorporados en tratados internacionales principios ideológicos —como el principio "democrático" de la Unasur— que, aparentando ser normas de derecho dañan el orden jurídico, más aún cuando contradicen principios jurídicos y normas de derecho esenciales. Estos principios ideológicos se infiltran en el derecho interno y, subjetivamente, son elevados a la condición de mitos —más allá de la ley y de la juridicidad— entre los que cabría destacar el del *ius cogens* y el de la imprescriptibilidad.

El principio de prescripción, esencial en todo ordenamiento jurídico, es mayor aún en el orden jurídico penal. No obstante, desde hace veinte años, se ha impuesto la tesis de que todo delito, aun cometido 35 años atrás, calificado subjetivamente de crimen de lesa humanidad, es imprescriptible. La antijuridicidad de esa tesis no justifica su acogida por tribunales de justicia. No existe norma jurídica alguna en el Derecho Internacional —ni en el derecho interno— que imponga la imprescriptibilidad de aquellos delitos con efecto retroactivo. Por el contrario, los principios del derecho penal, que garantiza la Constitución, están recogidos por el Derecho Internacional.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que sí es vinculante para Chile, **reconoce los principios de legalidad, pro reo, amnistía, cosa juzgada**, así como lo que determine su ley interna, y, por tanto, la **prescripción**.

---

175 PAÚL L., Adolfo. Op. cit. *Procesos*, p.188.

176 Cfr. Mario ARNELLO Romo, "Juridicidad: desafíos y tendencias del siglo XXI. Encrucijada al derecho internacional y al estado de derecho interno", *Revista Tribuna Internacional*, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Vol. 1, Nº 1 (2012), pp. 97-128. "Mitos, ideologías e inconsistencias jurídicas", diario *El Mercurio*, Santiago, 20 agosto 2012. Exposición en el seminario "Fuerzas Armadas y Derechos Humanos", Universidad Central, Santiago, 16 de abril de 2009.

Sin fundamento, se afirmó que la existencia de la **Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad** —no aplicable en Chile— había formado una norma de costumbre y que nada obstaba a su aplicación, en un juicio penal, en Chile. El mito se imponía, más allá de la ley penal —que no admite la costumbre— y de la realidad de los hechos. **Aquel tratado solo ha sido ratificado por 54 Estados; Chile y 140 Estados más no son partes en él. ¿Será, así, costumbre internacional**?

Las doctrinas creacionistas, las tendencias ideológicas y la subjetividad judicial, han llegado al extremo de afectar y erosionar la juridicidad tanto respecto al Derecho Internacional como al Estado de Derecho interno. En uno se tergiversan las normas convencionales, se ignoran, o se arrogan atribuciones que no tienen; en el otro, se interpreta mal el Derecho Internacional y se abroga ilegítimamente el derecho interno. Así lo evidencian los antecedentes expuestos precedentemente.

En defensa de las sentencias internacionales y nacionales, se sostiene —como en alguna de ellas se afirma— que defienden "los fines del derecho". **Y, entonces, se permiten tener la libertad y autonomía para fallar sin considerar las normas de derecho efectivas que contienen los propios tratados que se dice aplicar**, y que contradicen su decisión; y a su vez, internamente, se interpreta mal el Derecho internacional y no se cumplen con rigor las normas constitucionales ni el derecho penal que el Estado de Derecho interno garantiza.

Bastaría analizar con serenidad la carencia de fundamentación jurídica sólida de las sentencias internacionales **para comprobar que se extralimitan en sus efectivas atribuciones o abiertamente violan su propia Carta constitutiva, para priorizar concepciones políticas o ideológicas por encima de los principios esenciales y del derecho**.

De esta manera, en vez de fortalecer los derechos, de acrecentar la certeza jurídica que debe garantizar el Estado de Derecho interno de la nación; y en vez de desarrollar el Derecho Internacional en términos de no atropellar la independencia, soberanía e igualdad de los Estados, **se está configurando una anarquía**, pretendiendo hacer primar —tergiversando la realidad— un título absoluto de universalidad. **Lo grave es que detrás de esa pretendida universalidad se distorsiona el derecho y se erosiona la soberanía y la igualdad de los Estados**. Y una vez más es el poder de los Estados —y su voluntad soberana—, la única valla sólida frente a esta nueva forma de intervencionismo foráneo.

Tal vez lo más grave de las sentencias condenatorias recaídas en los procesos denominados "de violación de derechos humanos" **no es su iniquidad, sino que la subversión del orden jurídico y el quebrantamiento del Estado de**

Derecho que significa el atropello de normas legales, derechos y garantías establecidos por la Constitución y por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Los jueces abusan de sus facultades jurisdiccionales e imponen arbitrariamente su voluntad por sobre el mandato explícito de la norma, con el propósito de condenar a toda costa a los militares y carabineros que durante las décadas de los años 70 y 80 del siglo pasado tuvieron que llevar a cabo la penosa y riesgosa tarea de enfrentar a miembros de un ejército irregular; combatientes que llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva y que estaban dispuestos a matar y a morir por la revolución.

Muchos jueces invocan la ley para no aplicarla, sino para justificar decisiones adoptadas con fines políticos y no jurídicos. Nunca se debe admitir que el juez, por sí y ante sí, se aparte o altere lo ordenado en la ley por estimarlo injusto, inadecuado o contrario a sus íntimas convicciones, pues ello afecta la vigencia del Estado de Derecho.

Esta tendencia de ciertos fallos judiciales a ir más allá de la ley o a no aplicar normas claras, expresas y vigentes, se hace patente en los procesos seguidos contra militares en las causas denominadas de derechos humanos, en las que los jueces mediante torcidas y artificiosas interpretaciones atropellan numerosas leyes y garantías aseguradas constitucionalmente; tales como las relativas a la prescripción de la acción penal, la amnistía o la cosa juzgada; o principios tales como los de supremacía constitucional, legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, irretroactividad de la ley penal más gravosa, igualdad ante la ley, culpabilidad, favorabilidad o pro reo, carga de la prueba, juez natural, etcétera; los cuales forman parte de las normas básicas de la institucionalidad y del Estado de Derecho, contempladas en el capítulo I de la Constitución Política de la República.

Es muy peligroso continuar por la senda del debilitamiento del Estado de Derecho puesto que el quiebre de éste acarrea, inevitablemente, la violencia.

2.34. Control de convencionalidad

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de "**control de convencionalidad**" en su jurisprudencia.[177] Inicialmente lo

[177] El párrafo 124 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de fecha 26 de septiembre de 2006, dice: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha

caracterizó como **la obligación que tienen los jueces** de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino **de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana**.

Es un concepto que parece razonable: el de concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, posteriormente se fue extendiendo el concepto, en el sentido de que no solo se debía verificar la conformidad con la Convención, sino que, además, con **la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.[178]

Sobre la base de este concepto del control de convencionalidad, nuestros tribunales pretenden justificar sus atropellos al orden jurídico interno. Ellos fundamentan muchos de sus razonamientos en **la jurisprudencia de la Corte, la que en muchos casos se opone frontalmente a nuestro ordenamiento jurídico interno e, incluso, a la propia Convención**; especialmente en lo que dice relación con el principio de legalidad.

En efecto, la Corte Interamericana normalmente **hace gala de un intenso activismo judicial**, de exceder su competencia y de abusar de su poder e, incluso, de atentar contra normas de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.35. Activismo judicial

En relación con el **activismo judicial**[179] —lo que ha sido denominado como el "gobierno de los jueces"— cabría comentar que nuestros tribunales han venido en derogar en la práctica diversas normas jurídicas, tales como la ley de amnistía y las normas relativas a la prescripción de la acción penal y a la cosa juzgada.

---

ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de **"control de convencionalidad"** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

[178] Cfr. "Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7: Control de Convencionalidad".

[179] Cfr. GARCÍA G., José Francisco y VERDUGO R., Sergio. *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Libertad y Desarrollo, Santiago, 2013.

Ello se debe a un activismo judicial extremo de aquellos jueces que presumen estar por sobre la ley y que, **asumiendo un rol mesiánico, fallan basados en sus creencias o convicciones personales** —ya sean de orden político, moral o de lo que ellos personalmente estiman que en justicia es lo correcto— y **no según lo que ordenan la Constitución y las leyes; apartándose de normas jurídicas claras, expresas y vigentes**, y vulnerando principios esenciales del derecho penal que constituyen parte del catálogo de los derechos humanos y sin considerar que este derecho está siempre a favor de las personas y de la libertad.[180] Este camino lesiona el Estado de Derecho y es, por lo tanto, peligroso para la sociedad.

2.36. Principio de necesidad de la pena

En un Estado democrático de Derecho las penas privativas de libertad deben utilizarse como último recurso, cuando el uso de otros mecanismos resulta insuficiente para sancionar las conductas delictivas más graves y cumplir con la finalidad esencial de tales penas, que es la readaptación social de los infractores. En el caso de los militares, carabineros y policías condenados después de cuatro décadas de ocurridos los hechos y que han observado una conducta intachable desde esa época, tal objetivo ya ha sido cumplido. En estas circunstancias una condena privativa de libertad solo cumple con un afán de venganza.

El principio de necesidad de la pena establece que las penas solo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del delito. Justicia no es sinónimo de castigo, sino que de sanción jurídica; de condena judicial del culpable de una acción criminal. La condena judicial del culpable de una acción criminal no significa el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad, especialmente después de transcurridos muchísimos años desde que ocurrieron los hechos. El Derecho Penal no debe ser instrumento de venganza

Al respecto, ha de cuestionarse si la imposición de la pena puede resultar innecesaria en relación con los fines que ésta persigue; particularmente con el de prevención especial (evitar que aquella persona que haya cometido un acto ilícito

---

[180] Cfr. GARCÍA G., José Francisco y VERDUGO R., Sergio. *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Libertad y Desarrollo, Santiago, 2013. "Sergio Muñoz ha entendido siempre la institucionalidad como un asunto de corte personal. Y tal como cree que los jueces tienen la facultad de prescindir de las leyes en virtud de su propia conciencia, también cree que cuestionar sus fallos es poner en entredicho la institucionalidad misma. La tesis que subyace a las declaraciones del presidente de la Corte Suprema es, en definitiva, semejante a la de Luis XIV: la institucionalidad soy yo. Por eso, lo mismo que le permite al magistrado arrogarse el derecho de dictar sentencia en determinadas causas al margen de la ley, es lo que explica que la crítica le resulte insufrible", MARINOVIC, Teresa, "Sergio Muñoz: la institucionalidad soy yo", diario electrónico *El Mostrador*, Santiago, 5 de marzo de 2014, http://www.elmostrador.cl/opinion/2014/03/05/sergio-munoz-la-institucionalidad-soy-yo/.

vuelva a tener tal actitud en el futuro) y con el de reintegrar al condenado a la sociedad. La pena de cárcel es una "pena obsoleta para quienes no representan peligro, y de enorme inercia, además de su alto costo e inefectividad resocializadora".[181] Atendida ésta y otras consideraciones, el legislador estableció la institución de la remisión condicional de la pena y las medidas alternativas de reclusión nocturna y de libertad vigilada (ley 18.216). La no punibilidad —el no cumplimiento efectivo de la pena impuesta al condenado, ya sea por amnistía, indulto u otra razón— es algo distinto de la impunidad. No se puede hablar de denegación de justicia si se investigan los hechos, se determinan los responsables y se les aplica una sanción.

En el caso de los militares condenados por delitos de derechos humanos sus antecedentes personales, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito —de contexto social histórico— permiten presumir que no volverá a delinquir y que la peligrosidad como reincidentes es inexistente, lo que hace innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

Los jueces no consideran que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", según lo establece el número 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de los militares, que son condenados después de cuatro décadas de ocurridos los hechos y que han observado una conducta intachable desde esa época, **una condena privativa de libertad no cumple con tal finalidad: solo cumple con un afán de venganza**.

Por otra parte, es preciso considerar que la mayoría de los militares y carabineros actualmente encarcelados **han sido condenados injustamente** por sentencias dictadas contra leyes expresas y vigentes, **son inocentes** de los delitos que les fueron imputados, **están libres de culpa** —o ella está muy disminuida— **o exentos de responsabilidad criminal**. Todos ellos **han sido condenados como resultado de procesos judiciales seguidos con un procedimiento penal inquisitivo que vulnera derechos humanos** garantizados constitucionalmente y los derechos a un debido proceso, a una adecuada defensa y a un tribunal imparcial. La aplicación de tal procedimiento atropella gravemente, además, el principio de igualdad ante la ley, pues a los demás habitantes del territorio nacional se les aplica el sistema procesal penal acusatorio, que sí respeta las normas de un debido proceso.

A aquellos militares, carabineros y policías que efectivamente cometieron excesos, abusos y delitos durante su penosa y riesgosa tarea de

[181] SZCZARANSKI Cerda, Clara. *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos.* Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2004, p.389.

represión de los terroristas y de los combatientes armados que llevaban a efecto una cruenta guerra subversiva, **debieron haberle sido aplicadas las mismas leyes y concedidos los mismos beneficios que a los guerrilleros y terroristas. Eso es Estado de Derecho.**

2.37. Beneficios penitenciarios

A los militares no les son otorgados los beneficios penitenciarios legalmente establecidos, [182] a pesar de que cumplen con los requisitos para obtenerlos. En numerosas ocasiones se argumenta que los beneficios no les son concedidos porque "deben continuar en observación por un tiempo más" o porque según el informe psicológico "**no tienen conciencia del delito**" o "**no están arrepentidos**". **¿De qué podría estar arrepentido un prisionero que es inocente de los delitos que le fueron imputados**? ¿u otro a quien se le atribuye la muerte de un terrorista abatido en un enfrentamiento armado? o del militar que actuó en defensa propia ¿de no haber esperado que lo mataran a él? Tampoco se les conceden indultos, ni siquiera humanitarios, que sí les son otorgados a otros reos.

Las penas injustas a las que nos hemos referido no solo afectan a los condenados, sino que también a sus familias. La cónyuge de un militar preso político, junto con comentarle al autor de esta publicación que un alto porcentaje de sus ingresos se le iba en gastos de transporte para ir a visitar a su marido, y refiriéndose a las esposas de los encarcelados le dijo: "los seres humanos estamos más preparados para enfrentar la partida definitiva de un ser querido, pero no una ausencia obligada e injusta, hecho que nos convierte en *viudas en vida*".

Para mantener vivo el odio y profundizar aún más la injusticia, cada cierto tiempo se han venido orquestando campañas comunicacionales para cerrar los "hoteles de cinco estrellas" (como los promotores de dichas campañas denominan a los centros penitenciarios segregados de "Punta Peuco" y "Cordillera"). [183] Ya lo

---

[182] Ley 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad; Ley 19.856 referida a un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta; Decreto Ley 321 del 10 de marzo de 1925, que establece la libertad condicional para los penados; Decreto 518 del 21 de agosto de 1998, que establece el reglamento de los establecimientos penitenciarios.

[183] Dichos penales fueron creados por Decretos de Ministerio de Justicia N°s 580 y 956 de 21-10-1995 y 25-11-2004, respectivamente, de acuerdo con una política de segmentación de la población penal encaminada a la readaptación social y a salvaguardar la seguridad del condenado y de la sociedad. Los recintos penales especiales son aceptados en el mundo en virtud del principio de segregación carcelaria. Virtualmente en todo el mundo democrático existen cárceles especiales para ex militares. Por otra parte, cabría considerar que si los militares encarcelados en los penales de Punta Peuco y Cordillera son criminales tan abyectos y peligrosos que no merecen que les sean respetadas las garantías que la Constitución asegura a todas las personas; ni que les sean aplicadas la ley de amnistía y la prescripción de la acción penal; ni que les sean concedidos beneficios carcelarios

lograron con el penal "Cordillera"; ahora le toca el turno al penal "Punta Peuco". **Todo esto, con el claro propósito de sumarle, a la ilegalidad de las condenas, la humillación y la ignominia de enviar a los militares a cárceles comunes**.

A los militares prisioneros no les son concedidos los mismos beneficios que a los demás chilenos. Ello se debe al decreto 924 del ministerio de Justicia del 22 de febrero de 2016, [184] que **establece requisitos adicionales para estos internos, consistentes en el arrepentimiento por los hechos cometidos y aportar antecedentes en las causas de derechos humanos**. ¿De qué podrán arrepentirse quienes son inocentes o no tienen culpabilidad en el delito que se les imputa? ¿qué antecedentes podrán aportar si no los tienen? Los precitados requisitos, exigibles solo a una cierta categoría de personas, constituyen una discriminación arbitraria expresamente prohibida por nuestra Constitución.

El precitado decreto 924 es **un "caso de laboratorio" de discriminación indirecta**,[185]

---

o indultos —que sí les son otorgados a los terroristas—; y a quienes les es aplicado un sistema procesal penal que no respeta las normas del debido proceso y diferente al aplicado al común de los chilenos, el mantenerlos presos en cárceles especiales es del todo razonable y tal discriminación, por tanto, no resulta arbitraria ni atenta contra el principio de igualdad ante la ley.

[184] **Artículo único.-** Apruébanse las siguientes modificaciones al decreto supremo No 518, de 1998, del Ministerio de Justicia, que aprueba "Reglamento de Establecimientos Penitenciarios": "Tratándose de la concesión de permisos a las personas a que se refiere el artículo 109 bis, el informe respectivo deberá dar cuenta, además, del **arrepentimiento del interno por los hechos cometidos**.".

5.- Intercálanse los siguientes artículos 109 bis y 109 ter, nuevos:

"Artículo 109 bis.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá que son especialmente graves los delitos de homicidio, castraciones, mutilaciones, lesiones graves gravísimas, lesiones graves, lesiones menos graves, violación, abuso sexual, secuestro, sustracción de menores, tormentos o apremios ilegítimos, asociación ilícita, inhumaciones y exhumaciones, cualquiera haya sido la denominación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena, **que fueren perpetrados en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos, por agentes del Estado** o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.".

"Artículo 109 ter.- Para poder autorizar alguno de los permisos de salida regulados en este Título a los condenados por los delitos que se señalan en el artículo precedente, éstos, además de cumplir con los requisitos generales **para su obtención, deberán acreditar por cualquier medio idóneo que han aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza**. Para estos efectos se considerará la colaboración realizada en las causas en que actualmente se investigue, se juzgue o se haya juzgado al condenado, incluso cuando aquélla se hubiere prestado con posterioridad a la dictación de la respectiva sentencia condenatoria. La misma regla se aplicará tratándose de la colaboración prestada en causas de la misma naturaleza, seguidas en contra de otras personas.".

[185] "Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando **una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja**, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos". Basta con que una

En relación con este tema, cabría mencionar que un grupo de senadores presentó recientemente dos proyectos de ley con el objeto de establecer: a) el cumplimiento alternativo de la pena de los adultos mayores; y b) el cumplimiento alternativo de la pena de los condenados que padezcan una enfermedad grave invalidante o terminal; quienes podrán cumplir la pena impuesta en la modalidad de arresto domiciliario.[186] **No se aprecian motivos de política criminal para que a estas personas se les deje con un régimen de encierro**. A nuestro juicio **lo razonable sería concederles la libertad condicional**.

2.38. Querellas por torturas

Actualmente, motivada principalmente por poderosos incentivos económicos, existe una avalancha de querellas por torturas. Al mes de junio de 2017 habían más de 450 causas abiertas en los tribunales y veintitrés casos fallados.[187]

Aparte de que los hechos denunciados están absolutamente prescritos —y que legalmente no deberían haber sido admitidos a tramitación— a más de cuarenta años de ocurridos es prácticamente imposible probarlos. Según Gonzalo Vial Correa, la inmensa mayoría de los casos de personas que habrían sufrido torturas durante el período del gobierno militar, presentados ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura —presidida por monseñor Sergio Valech (llamada "Comisión Valech)—, descansa en el solo testimonio de la persona que declara como víctima; y las complementaciones de ese testimonio son, también en la inmensa mayoría, indirectas.[188]

---

política o medida general tenga un "impacto desproporcionado" en un grupo particular, para que exista una discriminación indirecta. Cfr. PAÚL, Álvaro. "La segregación procesal penal como desafío para la justicia transicional chilena". *Cuadernos de Difusión*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Estudios Internacionales CEIUC, Nº 10, año 8, 2015, pp. 66-67.

[186] Boletines Nº 10.745-07 y Nº 10.746-07.

[187] "Más de 450 causas por torturas continúan abiertas en los tribunales". Diario *La Segunda*, Santiago, 16 de junio de 2017.

[188] Cfr. VIAL Correa, Gonzalo, "Especial de Gonzalo Vial sobre el informe de la tortura", revista *UNOFAR* Nº 11, Santiago, 2005, pp. 35-70. El precitado artículo transcribe tres interesantes artículos de Gonzalo Vial publicados en el diario *La Segunda* de Santiago (1, 2 y 3 de diciembre de 2004), en los cuales analiza el informe con los resultados de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (denominada "Comisión Valech") y se refiere a su valor probatorio para una convicción moral; al contexto y a las circunstancias que rodearon a los horrores sucedidos, que en caso de haberlos establecido objetivamente en el informe habría cooperado a prevenirlos en el futuro, pero que lamentablemente éste fue escrito con tal sesgo y abanderamiento que no sirve absolutamente para el efecto indicado —al revés, adulterando de hecho aquel contexto, no solo no presta el servicio que debiera, sino que impide deducir las auténticas lecciones que derivan de sucesos tan terribles—; al terrorismo y la tortura; a la situación de Chile al 11 de septiembre de 1973,

En relación con el valor probatorio del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Gonzalo Vial dice que esta oyó los testimonios de las presuntas víctimas entre noviembre del 2003 y mayo del 2004 y analizó las denuncias, y presentó su informe final en los seis meses siguientes. Durante ese período, sobre los 35.865 casos que se presentaron, la Comisión llegó a la convicción moral de que 27.255 habían sufrido detenciones y además torturas a manos de agentes del Estado.[189]

No entraremos a analizar la seriedad de las pruebas reunidas por la Comisión para establecer la efectividad de los casos de tortura denunciados. Sin embargo, nos parece difícil que en siete meses haya escuchado las denuncias y analizado los antecedentes complementarios de 35.865 casos. Una labor tal no solo es abrumadora, sino imposible.

Sin embargo, para el abogado de derechos humanos Nelson Caucoto «una prueba irrefutable en estos casos es "si la víctima fue calificada en su informe por la Comisión Valech, ya que este es el reconocimiento del Estado de que esa persona sufrió torturas y tormentos durante la dictadura militar"».

En relación con esta materia, citaremos a Gonzalo Vial, quien ha escrito: «El "¡nunca más la tortura!", es un grito inútil si no añadimos otro: "¡Nunca más el 'contexto' de la tortura, las condiciones que la fomentan, la prédica y práctica del odio, la violencia, el aplastamiento, el juego al todo o nada con la vida, el honor o los bienes del prójimo! (…). La contrainsurgencia es una técnica de lucha armada contra el enemigo guerrillero, urbano o rural. La guerrilla no es tal, sino una verdadera guerra, que es, además, hipócrita, porque no se declara. La guerrilla no respeta ninguna ley bélica ni moral: mata a mansalva, mata prisioneros, tortura, daña inocentes a través del terrorismo, destruye de modo insensato e inútil bienes productivos, etc. Los Estados deben entender el inmenso peligro de la guerrilla, y responder a él mediante la contrainsurgencia, desde luego en el nivel local, pero también en el continental. La contrainsurgencia necesita responder a la guerrilla con sus mismos métodos, porque si no estaría en inferioridad de condiciones, y se hallan en juego valores fundamentales de la Nación, el Estado, la sociedad, etc."».[190]

2.39. La Corte Suprema reconoce atropello a leyes expresas y vigentes

La Corte Suprema de Justicia, en un documento emitido por el Pleno,

---

polarización y crisis; al papel de las Fuerzas Armadas y de Orden; y al marco político 1973-1990 y los derechos humanos.

[189] Ibid.

[190] Ibid.

reconoció el atropello de instituciones jurídicas y la forma en que estas son soslayadas.

En efecto, dicho Alto Tribunal, en el párrafo quinto del oficio del Tribunal Pleno Nº 33-2015 de fecha 27 de marzo de 2015, dirigido al Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados —en el que emite un informe sobre una enmienda al artículo 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional— declara que los tribunales chilenos no respetan las instituciones tradicionales que inhiben o impiden la investigación, como lo son, por ejemplo, la prescripción, la territorialidad y la irretroactividad de la ley penal, como así también las disposiciones sobre amnistía; y agrega que solo fue posible el procesamiento y la sanción de los militares al introducir en sus decisiones los conceptos de delito de lesa humanidad, *ius cogens* y otros.

El precitado párrafo quinto dice, textualmente:
"Quinto: Que para comprender las implicancias que estas modificaciones tendrían en nuestra legislación interna resulta indispensable aclarar lo siguiente:
1°.- El Estatuto de Roma representa una concreta expresión del mundo civilizado para defenderse de las situaciones extremas a que pueda ser sometido, desde que la experiencia universal es que al momento de buscar solución jurídica al conflicto y/o sancionar a los responsables, **no existía un sistema jurídico penal adecuado**. Es el caso del término de la Segunda Guerra Mundial, en que **los Tribunales de Nuremberg no contaban con legislación que contemplara delitos tan atroces** como los que en los países ocupados se habían cometido. Lo mismo ocurrió **en Chile, en que la legislación sustantiva no contiene delitos adecuados a esa realidad, pero por sobre todo, en lo procesal, las instituciones tradicionales inhiben o impiden la investigación, como lo son, por ejemplo, la prescripción, la territorialidad y la retroactividad de la ley penal, como así también las disposiciones sobre amnistía**, normalmente ad hoc. Bien sabemos que **sólo fue posible el procesamiento y la sanción** —con lo que salvamos en parte nuestra responsabilidad histórica como depositarlos de la jurisdicción— **al introducir en nuestras decisiones, por la vía del artículo 5° de la Constitución Política de la República, los conceptos de delito de lesa humanidad, *ius cogens* y otros**, que tratan de distintas manera aquellas clásicas instituciones jurídicas".

Por otra parte el presidente de la Corte Suprema Hugo Dolmestch, el día 21 de abril de 2016, durante el discurso inaugural del "Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos" organizado por la Universidad Cardenal Raúl Silva Henríquez, se refirió al complejo momento jurisdiccional para investigar en sus inicios las violaciones de derechos humanos tras el golpe militar de 1973: "**Fue esta una lucha jurídica frontal y muy dura, hasta que la jurisprudencia se unificó en torno a este deber y se pudo así aplicar los tratados internacionales** y el derecho de gentes que protege desde siempre a la humanidad de las aberraciones cometidas en su

contra. **Se hizo fuerte así —ahora sin discusión— la imprescriptibilidad de la acción penal y la calificación de lesa humanidad para los delitos crueles cometidos en la época**, generando por cierto las responsabilidades civiles de los partícipes del ilícito penal, como lo es el Estado. **El mismo fundamento ha servido para declarar la no aplicación de la Ley de Amnistía** decretada por el propio gobierno militar en el año 1978". Más adelante **se refirió al control de convencionalidad** que utilizan los tribunales de justicia: **"La fundamentación internacional antes referida se ha reforzado con la aplicación del llamado "control de convencionalidad"** que surge como deber del Estado de ser consecuente con lo dictaminado por los tribunales internacionales, particularmente los regionales. Cabe advertir, además, que este control de convencionalidad se ha recogido por los tribunales en otras materias y es un hecho que **cada vez más juzgadores dan aplicación a él"**.[191]

---

[191] «El presidente de la Corte Suprema, Hugo Dolmestch, brindó el discurso inaugural del "Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos" que organiza la Universidad Cardenal Raúl Silva Henríquez.

En la ocasión, la autoridad judicial hizo un repaso de la historia de los derechos humanos, tanto colectivos como individuales, desde Babilonia y pasando por la creación de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta la definición de derechos modernos de segunda generación.

"Así, el 26 de junio de 1945, se adopta la Carta de las Naciones Unidas y tres años más tarde, la Asamblea General acuerda dos instrumentos de derecho internacional con preponderancia de los Estados, en los cuales se condena el genocidio y se adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con estos instrumentos de derecho internacional comienza la concepción contemporánea de los derechos humanos y el desarrollo de un sistema donde los Estados juegan un rol preponderante, ya que a partir de las Naciones Unidas comienzan a elaborar un sistema donde estas entidades deciden el contenido de los instrumentos de derecho internacional y cuándo obligarse por ellos. En esta época, también, comienza el desarrollo de conceptos propios para el derecho internacional de los derechos humanos, como la "progresividad" de las medidas que deben ir adoptando los Estados para garantizar el goce de los derechos fundamentales o la relevancia de la educación en derechos para asegurar su respeto y la convivencia pacífica. Pero tal vez el elemento que comienza a posicionarse de manera preponderante es la idea de la "dignidad humana", aseguró en la actividad realizada la tarde del jueves 21 de abril en el Aula Magna de la casa de estudios superior.

El ministro hizo un alto para hablar del complejo momento jurisdiccional para investigar en sus inicios las violaciones de derechos humanos tras el golpe militar de 1973. "Fue esta una lucha jurídica frontal y muy dura, hasta que la jurisprudencia se unificó en torno a este deber y se pudo así aplicar los tratados internacionales y el derecho de gentes que protege desde siempre a la humanidad de las aberraciones cometidas en su contra. **Se hizo fuerte así —ahora sin discusión— la imprescriptibilidad de la acción penal y la calificación de lesa humanidad para los delitos crueles cometidos en la época**, generando por cierto las responsabilidades civiles de los partícipes del ilícito penal, como lo es el Estado. El mismo fundamento ha servido para declarar la no aplicación de la Ley de Amnistía decretada por el propio gobierno militar en el año 1978", afirmó.

Por último, el presidente Dolmestch se refirió al control de convencionalidad que utilizan los tribunales de justicia. "**La fundamentación internacional antes referida se ha reforzado con la aplicación del llamado "control de convencionalidad" que surge como deber del Estado de ser consecuente con lo dictaminado por los tribunales internacionales, particularmente los regionales**. Cabe advertir, además, que este control de convencionalidad se ha recogido por los tribunales en otras materias y es un hecho que cada vez más juzgadores dan aplicación a él",

2.40. Voto disidente del ministro de la Corte Suprema Patricio Valdés Aldunate

El ministro de la Corte Suprema Patricio Valdés Aldunate votó en contra de la resolución del Pleno de dicha Corte, que consta en acta de fecha 30 de enero de 2017, que dispone la reasignación de los ministros que actualmente instruyen causas sobre violación a los derechos humanos.

En su voto disidente el ministro Valdés, refiriéndose al "auto acordado sobre distribución y asignación de causas relativas a las violaciones de derechos humanos del período que se indica" (es decir que se refieran a hechos que hayan tenido lugar entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990), plasmado en el acta 81-2010 de fecha 1 de junio de 2010, dice:

> "Que el claro objetivo del Pleno de la época fue **terminar dentro de un plazo razonable con tales procesos**, lo que a juicio del suscrito, tanta división produce hasta hoy día entre los chilenos, **evitando la necesaria reconciliación y secundariamente costando al erario nacional ingentes recursos**".

Más adelante expresa:

> "Que por otra parte, es un hecho público y notorio, y ello llama la atención de este disidente, que **la mayoría de los procesos** a los cuales se ha nombrado un ministro en visita, **han sido resueltos en virtud de principios y doctrinas foráneas, apartándose e infringiendo las normas constitucionales y legales que rigen la materia**, como son los artículos 19 Nº 3, incisos 7º y 8º[192] de la Constitución Política de la República (...) recordando que en Chile los asuntos por los cuales se persigue a la mayoría de los implicados en esos procesos, **fueron tipificados en la Ley 20.357 publicada en el Diario Oficial de 18 de julio de 2009, es decir mucho después de su eventual comisión**".

Nos parece que en su voto disidente **el ministro Valdés**, en forma suave y en pocas palabras, **dice lo mismo que hemos venido denunciando fundadamente desde hace varios años en nuestras publicaciones**.

Finalmente, en relación con lo dicho por el ministro Valdés sobre los ingentes recursos que le cuestan al erario nacional —es decir a todos los chilenos— las indemnizaciones pagadas a los querellantes en las causas sobre derechos humanos, cabría señalar que recientemente, con fecha 10 de abril de

concluyó». Cfr. Noticias del Poder Judicial, 22/04/2016, "Presidente Dolmestch inaugura congreso internacional de derechos humanos en Universidad Cardenal Silva Henríquez".

[192] Esos artículos, actuales 8º y 9º, establecen el **principio de legalidad**.

2017, fue dictada una sentencia que condenó al Estado de Chile y los demandados a pagar la suma total de $6.400.000.000.[193]

Estas jugosas indemnizaciones estimulan nuevas demandas y dan origen al denominado "negociado de los derechos humanos".

2.41. La Corte Suprema está incurriendo en los mismos abusos que en su oportunidad le reprochó al presidente Salvador Allende

Finalmente diremos que **nos parece notable y muy preocupante que la Corte Suprema esté incurriendo en exactamente los mismos abusos que, en su oportunidad, esa misma Corte le reprochó al presidente Salvador Allende**, según las expresiones que citamos a continuación: En oficio de fecha 26 de mayo de 1973, dicho Alto Tribunal manifestó: "Esta Corte Suprema debe representar a V.E., por enésima vez, la actitud ilegal (…), **todo lo cual significa no ya una crisis del Estado de Derecho**, como se le representó a S.E. en el oficio anterior, **sino una perentoria o inminente quiebra de la juricidad del país**".

Y, en un oficio de fecha 25 de junio de 1973 —acordado por resolución de dicha Corte reunida en sesión plenaria— en el que se dio respuesta al oficio del 12 de junio de 1973 del Presidente de la República: "**Ninguna disquisición** sociológica, o sutileza jurídica o estratagema demagógica, o maliciosa cita de regímenes políticos pretéritos **son capaces de derogar los preceptos legales** copiados, que se copiaron para que V.E. lea con sus propios ojos y aprecie por sí mismo su **claridad y precisión tales que no admiten interpretaciones elusivas**". Más adelante, en relación con un acápite del referido oficio del Presidente de la República titulado "mal uso del proceso penal", la Corte Suprema le manifestó: "**La pertinacia del oficio para insistir en esas ideas peregrinas demuestra que están hechas de pétreas incrustaciones político-jurídicas contra las cuales el ariete de la lógica se estrella estérilmente**".

Lamentablemente en la actualidad, al revés de lo sucedido en esa época, cuando **la Corte Suprema se erigió en baluarte** sobre esa forma peligrosísima de **burlar la ley a través de "interpretaciones elusivas", hoy se acogen éstas para fundar sentencias condenatorias** respecto de personas inocentes o que están amparadas por causales de extinción o por circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal.

Ninguno de los falaces argumentos esgrimidos por nuestros tribunales para condenar a los militares **tiene la fuerza suficiente como para enervar el principio de legalidad** que, como hemos visto, es esencial en derecho penal y no puede ser

[193] Sentencia Corte Suprema Rol Nº 62.036-2016, de fecha 10 de abril de 2017,

pasado a llevar bajo ninguna circunstancia.

2.42. Razones que motivan la persecución contra los militares

Este proceso de persecución política en sede judicial, de humillación, odio, venganza y exterminio de militares, carabineros y policías, que es llevado a cabo en el ámbito de una justicia prevaricadora, obedece a numerosas razones, motivos u objetivos, entre los cuales pueden señalarse los siguientes:

—Al odio y a la venganza de los sectores de izquierda, que reconocen en los institutos armados a quienes les impidieron consumar su proyecto totalitario.
—Eliminar el previsible escollo que representan las FF.AA. para convertir a Chile en un Estado socialista.
—Destruir a las Fuerzas Armadas. Evidentemente, no se trata de destruirlas físicamente sino que moralmente, de neutralizarlas; de hacer que ellas dejen de ser lo que son, que ellas dejen de ser lo que tienen que ser: fuerzas al servicio de la nación y no al servicio del gobierno de turno.
—Destruirle a los militares su capacidad moral para volver a intervenir y asumir el poder político, en caso de que nuevamente se produjesen en Chile situaciones como la ocurrida en 1973, olvidando que "si el sable se levanta, es porque las otras fuerzas sociales han caído en la impotencia".
—Al afán de los políticos de ocultar su incapacidad, fracaso e impotencia, que llevó a Chile al borde del abismo y que puso en peligro intereses vitales de la patria; riesgo del que fue rescatado, precisamente, por los actuales perseguidos.
—Al afán de esos mismos políticos de ocultar los éxitos del Gobierno Militar, que logró reconstruir un país en ruinas y al borde de la guerra civil, y lo llevó al umbral del desarrollo. Para los políticos civiles es absolutamente inaceptable reconocer que un gobierno militar ha sido enormemente exitoso.
—Dar un claro y potente mensaje a los militares en servicio activo, y a las futuras generaciones, sobre lo que les podría ocurrir si volviesen a intervenir.
—Al aprovechamiento político de quienes piensan que persiguiendo a los militares lograrán captar más votos.
—A motivaciones de carácter económico; al rentable "negociado de los derechos humanos" por las millonarias indemnizaciones que reciben los querellantes y las supuestas "víctimas" y sus familiares (de las que una buena parte va a parar a los bolsillos de los abogados patrocinantes); indemnizaciones que deben ser pagadas con recursos del erario nacional, es decir por todos los chilenos; lo que constituye un verdadero peculado o malversación de los fondos públicos.

2.43. Nueva ley de amnistía: única vía para poner término a la iniquidad judicial[194]

Pensamos que la única vía para poner término a la iniquidad judicial que hemos denunciado en estas páginas —salvo que los jueces recuperen la prudencia y la cordura y comiencen a aplicar rectamente la Constitución y las leyes— sería la promulgación de una nueva ley de amnistía, dictada por un Congreso elegido democráticamente.

Una ley de amnistía sería una prueba de maduración, cuarenta y cuatro años después del 11 de septiembre de 1973, y contribuiría a dejar atrás y a superar las divisiones de un pasado turbulento, a pacificar los espíritus, y a dar pasos en la búsqueda de la reconciliación nacional, como lo hizo Nelson Mandela en Sudáfrica.[195] No es razonable mantener indefinidamente el odio y la división entre los chilenos. El perdón nos permitiría dar vuelta la página. Un país que tiene una división profunda es difícil que pueda progresar.

Si bien no es ni posible ni conveniente olvidar el pasado, puesto que es una fuente de enseñanzas que nos señala los errores que no debemos repetir,

---

[194] Lo dicho en este apartado está tratado con mayor detalle en PAÚL Latorre, Adolfo, *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, El Roble, Santiago, tercera edición, marzo 2015, pp. 374-385.

[195] **"Desde el momento en que se conocieron los resultados de las elecciones y se hizo evidente que el CNA sería el encargado de formar gobierno, consideré que mi misión era predicar la reconciliación, restañar las heridas del país, engendrar fe y confianza (…). Siempre que tenía ocasión repetía que todos los sudafricanos debían unirse y cogerse de la mano para decir que éramos un solo país, una nación, un pueblo, que caminaba unido hacia el futuro**". MANDELA, Nelson. *El largo camino hacia la libertad. La autobiografía de Nelson Mandela*, Aguilar, Santiago, 2013, segunda edición, p.642 (nota del autor: CNA es la sigla del Congreso Nacional Africano, partido creado para combatir el *apartheid*). "En junio de 1986 llegué a Pretoria a asumir el cargo de ministro consejero de la Embajada de Chile en Sudáfrica. El encargado de Negocios de Suecia, quien era un buen amigo mío y reputado como un experto en materias sudafricanas, me puso al tanto de los aspectos políticos, económicos y sociales del país. Al finalizar me señaló que había que tener muy en cuenta algo que podía cambiar todo: la liberación de Nelson Mandela, quien se encontraba preso en una isla frente a Cape Town. Me dijo que tan pronto eso sucediera, el país 'ardería por los cuatro costados', que los negros pasarían por las armas a los blancos y que había que estar preparado para abandonar el país lo antes posible si la liberación mencionada se producía. Hoy sabemos lo que sucedió cuando Mandela fue puesto en libertad. Sabía que tenía en sus manos el poder de hacer lo que quisiera con su pueblo y que iba a ser seguido sin condiciones por todos. Pero enfrentó la realidad que tuvo ante sí sin odio, sin sentido de venganza, con ánimo compasivo, con deseos de dejar atrás la oscuridad de la noche y ser el soldador de la claridad del futuro; con una visión de Estado y con un pragmatismo que no lo hizo claudicar de lo que pensaba; con un carisma que se ganó poco a poco el cariño de todos aquellos que lo vieron por mucho tiempo como la encarnación del demonio; con una sonrisa que invitaba a la amistad; con una firmeza sin límites cuando grupos de su raza pretendían buscar la revancha", Demetrio INFANTE Figueroa, en carta al Director de *El Mercurio*, Santiago, 7 de diciembre de 2013. **Lamentablemente en Chile se actuó de un modo diametralmente opuesto y, sobre la base del lema "ni perdón ni olvido", se atizó el fuego del odio en lugar de apagarlo**.

debemos tratar de privilegiar el futuro sobre el pasado y el perdón por sobre el castigo a toda costa; a fin de no mantener latente el odio y una situación que va minando física y psíquicamente a ofendidos y ofensores.

Muchas veces en la vida de los Estados se presentan situaciones de gran convulsión social, de caos y de violencia irracional, en que se hace necesario prescindir de la aplicación integral de la justicia conmutativa para propender al bien común a través de la pacificación de los espíritus. No es prudente, en tales situaciones ↓parafraseando un antiguo aforismo romano↓, buscar la verdad y la justicia aunque perezca el mundo.

Se requiere un acuerdo político para cerrar el capítulo de las recriminaciones por hechos del pasado y mirar unidos al futuro. Si se sigue hurgando en las heridas se estará atentando contra una sana convivencia y, consecuentemente, contra el crecimiento y el desarrollo de nuestra patria. **Es preciso dictar una ley de amnistía general**[196] **que ponga punto final a la**

[196] Una futura ley de amnistía que se dicte con el propósito de solucionar el problema de los procesos sobre violaciones a los derechos humanos y a fin de contribuir a la paz social —y considerando, muy especialmente, que ya han transcurrido más de cuatro décadas desde la época en que ocurrió la mayor parte de los hechos delictuosos que se están investigando—, debería estar redactada en términos tales como los siguientes:

Título de la ley: *Concede amnistía por los delitos que señala:*

Artículo 1º. *Concédese la amnistía, en forma amplia y general, de todos los delitos políticos, cualquiera que fuese su resultado, cometidos por particulares o por miembros de los organismos de seguridad del Estado, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990.*

Artículo 2º. *A los efectos de esta ley se considerarán delitos políticos los cometidos por móviles directa o indirectamente políticos y los delitos comunes y militares conexos con los políticos, que participan de la misma finalidad de éstos o se cometieron para facilitarlos, prepararlos, consumarlos, agravar sus efectos o impedir su punición.*

Artículo 3º. *Se entenderá por momento de realización del acto delictivo, para efectos de la aplicación de esta ley y para el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, aquel en que se inició la actividad criminal (la fecha en que el hechor dio principio de ejecución al delito).*

Artículo 4º. *En los casos de imputados con causas pendientes, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso penal, el juez competente decretará de inmediato y sin más trámites, de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento definitivo por extinción de la responsabilidad penal y ordenará la libertad de aquellos que estuvieren en prisión preventiva.*

Artículo 5º. *La autoridad competente decretará, de oficio o a petición de parte, la inmediata libertad de las personas que se hallaren recluidas en recintos penitenciarios cumpliendo penas privativas de libertad por delitos contemplados en la presente ley de amnistía.*

Artículo 6º. *Deróganse todas las disposiciones legales o reglamentarias que se opongan al cumplimiento de la presente ley.*

Artículo 7º. *La presente ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial.*

situación existente y que permita que los chilenos nos dediquemos a mirar hacia el futuro.

Legislar sobre la materia constituye no solo un imperativo moral —y una medida para dar certeza al derecho—, sino también una obligación que debe ser compartida por todos los poderes del Estado.

Es función de los líderes políticos sentar las bases para una adecuada solución a este problema, pues **un problema político requiere de soluciones también políticas**. Y la política, como bien sabemos, es el arte de administrar la cosa pública, de conducir a la sociedad política hacia su finalidad propia que es el bien común.

Considerando que en nuestra sociedad hay sectores influyentes para quienes "el odio es más fuerte" y que se oponen por principio a cualquier tipo de solución o de beneficio para los militares, la dictación de una nueva ley de amnistía exigiría una alta dosis de valor, de generosidad y de grandeza del estamento político y, muy especialmente, de nuestros representantes en el Congreso. ¿**Estarán a la altura de ese desafío**?[197]

Y si tal ley no se dictare, **el Presidente de la República**, en ejercicio de sus facultades constitucionales,[198] **debería otorgar indultos particulares** a los militares que han sido condenados y que están cumpliendo penas privativas de libertad; ya sea por razones humanitarias o en consideración a la desviada aplicación de justicia que hemos denunciado.

Sin embargo, considerando que a los militares, a diferencia de los demás chilenos, les está siendo aplicado el sistema de procedimiento penal inquisitivo

---

El texto propuesto corresponde al de una amnistía propia. No obstante, acogiendo la posición sustentada por Clara Szczaranski, la ley podría ser dictada como una amnistía impropia (con las ventajas que tal clase de amnistía presenta). En tal caso, habría que suprimir el artículo 4º, puesto que la amnistía habría que aplicarla una vez terminada la investigación, determinados los responsables del delito y asignadas las penas.

[197] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución Política de la República, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (por moción de cualquiera de sus miembros o firmada por un máximo de cinco senadores). Dichas leyes, según lo establece el artículo 63 Nº 16 de la Carta Fundamental, requerirán siempre quórum calificado (mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, según lo dispone el artículo 66 de la misma Carta) y, en el caso de los delitos contemplados en el artículo 9 —por conductas terroristas— requerirán un quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

[198] Constitución Política de la República, *Artículo 32.* ***Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 14º Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley***. Según lo establece el artículo 9 de Carta Fundamental, el indulto particular no procede respecto de los delitos por conductas terroristas, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

antiguo y que los jueces —contrariando las normas legales expresas y vigentes relativas a la prescripción de la acción penal— acogen a tramitación querellas por hechos ocurridos hace más de cuarenta años, estos indultos no solucionarían el problema del "desfile de militares por los tribunales"; puesto que las querellas continuarían, no con fines de venganza para encarcelar a los militares, sino que por motivos económicos.

REFLEXIONES FINALES

La clase política en general y los dirigentes de la Unidad Popular en particular, que son los grandes responsables de la tragedia de 1973 y de sus secuelas, tratan de esconder y de lavar sus culpas con los militares y carabineros, a quienes usan como chivos expiatorios o víctimas sacrificiales y en quienes tratan de concentrar los males por ellos provocados.

De lo que hemos expuesto a lo largo de estas páginas podemos inferir que las sentencias judiciales que condenan a los militares son antijurídicas, pues han sido dictadas en fraude a la ley. En sus simulacros de juicio los jueces, mediante interpretaciones engañosas, artificiosas y antojadizas, eluden normas aplicables y aplican otras no procedentes; [199] lo que produce como resultado sentencias absurdas, inicuas y arbitrarias.

Los juicios seguidos contra los militares son mascaradas que tienen como objeto condenarlos sea como sea y, además, lograr del Estado jugosas indemnizaciones. Y, como bien sabemos, sin una recta aplicación de la ley no hay justicia, sino una caricatura de ella. Como decía Platón, "la peor forma de injusticia es la justicia simulada".

Los militares que están privados de libertad como consecuencia de estas farsas o pantomimas son verdaderos "presos políticos"; son personas que están secuestradas por el Estado.

---

[199] La obligación de los jueces es la de velar por el cumplimiento de la ley y su correcta interpretación y aplicación. Sin embargo, la mayoría de los que sustancian causas "de derechos humanos" —incluidos los magistrados de nuestros tribunales superiores de justicia— impúdica y descaradamente dictan resoluciones de flagrante inconstitucionalidad, arbitrariedad e ilegalidad; tan patentes y groseras, que pueden ser apreciadas por cualquier persona. Muchas sentencias desbordan los márgenes de la racionalidad y se apartan del sentido común más elemental. Tales conductas, absolutamente desviadas de la función jurisdiccional, solo pueden calificarse como prevaricadoras. Los miembros de los tribunales de justicia que han dictado sentencias condenatorias contra los militares han cometido, en la generalidad de los casos, el delito de prevaricación; sin haber sido objeto ni de sanción penal ni de reproche social alguno. Lamentablemente los jueces probos que aplican rectamente la Constitución y las leyes en estos procesos son una minoría.

Lamentable e increíblemente, habiendo transcurrido más de cuarenta años desde el desastre de la Unidad Popular, el odio sembrado en esos años sigue prevaleciendo.

Es realmente inconcebible que se continúen abriendo, absurda e ilegalmente, nuevos procesos criminales por hechos ocurridos hace más de cuatro décadas y que jueces aseveren en sus sentencias que hay personas que permanecen secuestradas hasta el día de hoy. Ello solo puede caber en mentes desquiciadas y rebosantes de odio.

La Corte Suprema excede sus facultades al actuar como supremo legislador. Dicho Alto Tribunal ha derogado, en la práctica —en los procesos seguidos contra militares, carabineros y policías—, diversos preceptos constitucionales y legales, tales como los principios de supremacía constitucional, de legalidad y de igualdad ante la ley; así como las normas relativas a la amnistía, la prescripción y la cosa juzgada.

Chile ha de estar muy enfermo para que puedan producirse las aberraciones judiciales y los atropellos a la verdad, a la ley y a la justicia que están teniendo lugar bajo nuestra judicatura actual.

Son muy pocas las naciones en el mundo que, tras vivir tragedias parecidas a la nuestra, han persistido durante más de cuatro décadas en mantener vivos los odios y en hurgar obsesivamente en las heridas del pasado, obstaculizando e invalidando todo intento de acercar los espíritus en torno a la construcción del mañana.

El odio y la búsqueda de venganza no ayudan a la reconstrucción del tejido social y a lograr la necesaria unidad nacional.

Es preciso dictar una ley que ponga final, de una vez por todas, a la crisis política más grande del siglo pasado.

“Cuando la justicia se desvincula de toda otra virtud (prudencia, templanza, fortaleza, esperanza, caridad) arriesga degenerar en suprema injusticia”.[200] Por otra parte, la justicia concebida como venganza no es justicia. La justicia debe estar templada por la prudencia, la clemencia —que es sinónimo de compasión y exigencia de moderación al aplicar justicia— y la caridad. Recordemos las palabras de Santo Tomás de Aquino: “Justicia sin misericordia es crueldad”.

---

[200] HASBÚN Zaror, Raúl, “Clemencia”, artículo publicado originalmente en la revista *Humanitas*, http://viva-chile.cl/2010/08/clemencia/.

Pensamos que podrían contribuir significativamente a la reconciliación nacional la dictación de una nueva ley de amnistía y una mirada común a nuestra historia; una mirada más objetiva, sin sesgos ideológicos y sin apasionamientos que nublan la visión y el raciocinio, de modo que podamos comprender que el otro es un compatriota y no un enemigo. En un país en el que se llegó a una polarización tan extrema, todos quienes vivimos en esa época tuvimos que optar por un bando; pero bien pudimos haber estado en el otro.

Al respecto, y considerando que estamos próximos a conmemorar un nuevo aniversario de la gesta libertadora del 11 de Septiembre,[201] nos parece de enorme interés lo manifestado por Joaquín García-Huidobro en una columna titulada "11 de septiembre: los buenos y los malos", de la cual transcribiremos algunos párrafos:

> «Los cuarenta años del 11 de septiembre nos traen una avalancha de libros, congresos y documentales. Con todo, cuando se ven esos documentales o se lee lo que se escribe a uno y otro lado del espectro político, no se puede evitar una cierta insatisfacción. Todos nos hablan de las cosas que pasaron, muchas de ellas terribles, pero ninguno nos dice realmente qué pasó. Cada uno está tan preocupado de llevar agua a su molino, que nadie logra dar una visión de conjunto. Es una pena, porque las nuevas generaciones merecen un relato más elaborado, capaz de hacerse cargo de los matices, que en historia política, como en pintura o música, son casi todo.
>
> ¿Qué características tienen los relatos disponibles? Aparte de una irresistible tendencia a dividir el mundo entre buenos y malos, casi todos tienen en común el presentar la realidad chilena como dos mundos incomunicados. Aquí, yo y los míos; al frente, los otros. Y esos otros son presentados como seres completamente ajenos, extraños, incomprensibles. Aparecen como gente que de un día para otro quiso hacer una revolución, expropió campos e industrias, intentó suprimir la libertad educativa y destruyó la economía nacional. O, al otro lado, gente que cayó de las nubes y comenzó a torturar y a matar.
>
> Han pasado 40 años y los chilenos todavía no somos capaces de hacer algo diferente. ¿Será posible conseguirlo para el cincuentenario, en 2023? Para entonces, casi todos los actores estarán muertos, lo que facilitará las cosas, pero no será suficiente. ¿Cuándo llegará el día en que un historiador de izquierda y uno de derecha puedan escribir juntos un libro sobre Allende o el gobierno militar, donde no traten de catequizarnos, sino que intenten meterse en la lógica de los protagonistas, de todos, de manera que, antes de juzgarlos, podamos entenderlos?

---

[201] Debemos decirlo así, directamente, sin ambages ni eufemismos, pues esa es la verdad. La intervención de las Fuerzas Armadas y Carabineros salvó a Chile, como lo reconoció en su oportunidad el expresidente Eduardo Frei Montalva. Evidentemente, no piensan igual quienes querían convertir a Chile en un Estado socialista o para quienes actualmente apoyan al régimen cubano y al del presidente venezolano Nicolás Maduro Moros.

> En estos días hemos visto algunos esfuerzos aislados, como "Las voces de la reconciliación", el libro de Ricardo Núñez y Hernán Larraín. Ellos no pretenden hacer un relato integrador, pero al menos intentan reunir voces muy diversas. Son voces honestas, como la de José Joaquín Brünner, que se da cuenta de que, antes de dar respuestas rápidas, es necesario plantearse primero algunas preguntas importantes. Impresiona, por citar otro ejemplo, el texto de Daniel Mansuy en ese mismo libro: sus abuelos paternos eran fervientes partidarios de la Unidad Popular; en cambio su abuelo materno, el famoso Almirante Huerta, fue el ministro de Relaciones Exteriores del gobierno militar.
>
> Por ahí está la clave. Historias como esa nos muestran que, en el caso chileno, no estaban unos aquí y otros allá, perfectamente distinguibles. La tragedia se produjo dentro de nosotros. Yo soy Salvador Allende y Gustavo Leigh, yo soy Manuel Contreras y Clotario Blest. Víctor Jara, Lucía Hiriart, Bernardo Leighton y Gladys Marín, todos esos soy yo y somos todos nosotros, los chilenos.
>
> El drama chileno, nuestro drama, no consiste en que unos son veraces y otros mienten. Nuestra tragedia es que todos dicen la verdad. Es verdad que hubo agresión soviética y torturados; expropiaciones y desaparecidos; recuperación prodigiosa de la economía y costo social; terroristas nacionales y extranjeros, pero también agentes de la CIA. Todo eso es verdad, pero ¿quién es capaz de contar una historia en que todas las voces suenen al mismo tiempo, donde no escondamos las que resultan incómodas?
>
> Ese día estaremos en condiciones de decir, con Borges: "Somos todo el pasado, somos nuestra sangre, somos la gente que hemos visto morir, somos gratamente los otros"».[1]

Concluiremos este trabajo con otra cita del profesor Joaquín García-Huidobro, quien ha expresado:

> "La corrupción, ciertamente, no se da solo cuando los jueces en cuestión se enriquecen con dádivas de los procesados o los acusadores, sino siempre que se pervierte el sentido mismo de la actividad judicial.

[1] GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. "11 de septiembre: los buenos y los malos", columna en el diario *El Mercurio*, Santiago, 1 de septiembre de 2013. La cita completa de Borges es: "Somos todo el pasado, somos nuestra sangre, somos la gente que hemos visto morir, somos los libros que nos han mejorado, somos gratamente los otros" (Jorge Luis Borges. *Epílogo a sus Obras Completas*).

Desde hace años, nuestros tribunales vienen haciendo cosas que saben que no son verdad, como sucede con la tesis del secuestro permanente.

El problema de la justicia tuerta lleva a resultados absurdos. Que yo sepa, en nuestras cárceles comunes no hay personas de 89 años que estén afectadas por un cáncer, que difícilmente se pueden mover y cuya mujer padece cáncer terminal al pulmón y al colon, salvo que sean militares.

Nosotros sembramos vientos, con nuestras injusticias, dogmatismos, elogios a la lucha armada, y tantas otras demencias que marcaron el siglo XX chileno. Y luego culpamos sola y exclusivamente a los militares por la tremenda tempestad que se armó. En este proceso mental, los jueces no son más que la mano ejecutora de nuestra necesidad de liberar la propia conciencia.

¿Cómo explicar que jueces que son buenas personas en su vida privada y que jamás aceptarían un soborno o presiones ministeriales puedan incurrir en tamaños desaguisados sin que les afecte la capacidad de dormir tranquilos en la noche?”.[2]

2 GARCÍA-HUIDOBRO Correa, Joaquín, “La Caravana de la Corte”, diario *El Mercurio*, Santiago, 21 de febrero de 2016 (extractos).

El principio de legalidad es un principio esencial del derecho penal y tiene una primacía absoluta. No existe norma alguna, ni de derecho interno ni de derecho internacional, que pueda pasar por encima de él. Excluye la posibilidad de aplicar fuentes del derecho que son admitidas en otros dominios del orden jurídico, tales como la jurisprudencia, la analogía, las opiniones de tratadistas de derecho o las doctrinas de los jurisconsultos, la costumbre o unas supuestas normas de *ius cogens*, los principios generales del derecho o la "conciencia jurídica universal", pues no tienen fuerza de ley. La única fuente del derecho penal es la ley. El monopolio del poder punitivo lo tiene el Estado y éste, en cuanto Estado de Derecho, debe prescindir de toda otra fuente que no sea la ley. Solo la ley puede crear delitos y penas.

El principio de legalidad es un derecho humano reconocido y protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Dicho derecho debe ser respetado y promovido por los órganos del Estado, según lo dispone el artículo 5º de la Constitución Política de la República. La importancia de este principio es tal que, según los precitados tratados internacionales, no puede suspenderse por motivo alguno, ni siquiera "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" o "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación".

Adolfo Paúl Latorre

"El principio de legalidad para nosotros es sagrado: no se puede condenar a nadie si no hay ley. Es decir, si no hay delito, no hay nada que hacer".

Hugo Dolmestch Urra
Presidente de la Corte Suprema de Justicia

"La mayoría de los procesos a los cuales se ha nombrado un ministro en visita, han sido resueltos en virtud de principios y doctrinas foráneas, apartándose e infringiendo las normas constitucionales y legales que rigen la materia".

Patricio Valdés Aldunate
Ministro de la Corte Suprema de Justicia

ISBN 978-956-7855-12-4

EDITORIAL EL ROBLE LTDA.